Die Anwendung der §§ 459 ff. BGB auf andere Gegenstände als Sachen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg.

Vorgelegt von

Heinz Herlitz

aus Berlin.

Würzburg 1935

Buchdruckerei Richard Mayr.

Referent: o. ö. Univ.-Prof. Dr. Rudolf Schmidt.

Tag der mündlichen Prüfung: 3. Juni 1935.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern und Brüdern.

Inhaltsübersicht.

		Seite
I.	Einführende Uebersicht über den Gegenstand der §§ 459 ff	1
	1. Voraussetzungen der Sachmängelhaftung	1
	2. Inhalt der Sachmängelhaftung	2
II.	Gegenüberstellung der §§ 459 ff. und der allgemeinen Bestimmungen	6
	1. Einleitende Bemerkungen über	
	a) den Zweck dieser Gegenüberstellung	6
	b) „Andere Gegenstände als Sachen"	6
	c) Die Anwendung des Kaufrechts auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte	7
	d) die Fragestellung	8
	2. Vergleich der §§ 459 ff. mit	
	a) dem Unmöglichkeitsrecht	9
	α) Anfängliche Mangelhaftigkeit	9
	β) Nachfolgende Mangelhaftigkeit	11
	$\alpha\alpha$) Beschränkungen des Käufers	13
	$\beta\beta$) Begünstigungen des Käufers	13
	b) der Irrtumsanfechtung	15
	c) der Täuschungsanfechtung	16
	3. Ergebnis	17
III.	Die Anwendung der §§ 459 ff. auf Rechtskäufe	17
	1. Der reine Rechtskauf	17
	2. Der Kauf von Sachenrechten	18
	a) Der Rechtskauf zur Sachbeschaffung	18
	b) Der Rechtskauf zur Sachbeteiligung	20
	3. Der Kauf von Ansprüchen auf Einräumung von Sachenrechten	26
	4. Der Kauf von Mitgliedschaftsrechten, insbesondere Wertpapieren	28
	a) Vorbemerkungen	28
	b) Der Kauf aller Anteile an einer Grundstücksgesellschaft	29
	c) Der Kauf einzelner Anteile an einer Grundstücksgesellschaft	36
	5. Der Kauf von Urheber- und Erfinderrechten	41
	6. Ergebnis	42
IV.	Die Anwendung der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte	43
	1. Der Kauf von Handelsgeschäften u. dergl.	43
	2. Der Kauf von Mitgliedschaftsrechten an Handelsgeschäfte betreibende Gesellschaften	54
	a) Der Kauf aller Anteile	55
	b) Der Kauf einzelner Anteile	55

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544704_0112

I. Einführende Uebersicht über den Gegenstand der §§ 459 ff.

1. Voraussetzungen der Sachmängelhaftung.

Gemäß § 433 wird der Verkäufer einer Sache durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Sobald dies geschehen ist, hat der Verkäufer seine Vertragspflichten im Regelfall erfüllt. Denn die Sache, zu deren Lieferung er sich verpflichtet hatte, ist geliefert, wenn sie auch gegebenenfalls einen Mangel hat. Es besteht indes ein Bedürfnis, den Verkäufer über diese Sachübergabe- und Rechtsverschaffungspflicht hinaus mit einer Haftung für den Tauschwert und den Gebrauchswert der verkauften Sache zu belasten. Es gibt Eigenschaften, deren Vorhandensein oder Fehlen nach Treu und Glauben vom Käufer erwartet werden darf, auch wenn eine dahingehende Zusage nicht ausdrücklich gegeben worden ist. Hätte der Käufer den Mangel gekannt, so hätte er den Kaufvertrag entweder überhaupt nicht oder doch zu einem geringeren Kaufpreis geschlossen.

Die Mängel, für die der Verkäufer haftet, gliedert das BGB in zwei Gruppen:

1. Erhebliche Fehler (§ 459, Abs. 1),
2. Fehlen zugesicherter Eigenschaften (§ 459, Abs. 2).

Bei der ersten Gruppe unterscheidet das BGB Fehler, die den Wert der Sache, und Fehler, die ihre Tauglichkeit zum Gebrauch aufheben oder nicht unerheblich mindern. Es handelt sich also um die Nebeneinanderstellung von Tauschwert und Gebrauchswert[1]). Bei dem Gebrauchswert wird wiederum unterschieden zwischen dem gewöhnlichen und dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch. Was unter „gewöhnlichem Gebrauch" zu verstehen ist, bestimmt sich nach der Lebensauffassung. Als Vertragsvoraussetzung kommt andererseits nicht die ungeäußerte Absicht des Käufers in Betracht, sondern jedenfalls nur der Zweck, der dem Verkäufer bekannt war.

Bei der zweiten Gruppe ist zu beachten, daß es sich um eine vertragsmäßige, d. h. um eine vom Verkäufer in bindender Absicht gegebene und vom Käufer als solche entgegengenommene Zusicherung handeln muß. Hiernach genügt zwar, sofern nicht der

1) In den meisten Fällen wird ein Fehler beide Werte zugleich mindern.

Vertrag, wie etwa der Grundstückskaufvertrag (§ 313), einem Formzwang unterliegt, eine stillschweigende Vereinbarung, nicht aber ein Anpreisen allgemeiner Art. Erforderlich ist vielmehr eine vertragliche Garantieübernahme. Zusicherungsfähig sind nicht nur körperliche Eigenschaften, sondern auch alle Verhältnisse, die nach ihrer Art und vorausgesetzten Dauer die Wertschätzung oder Brauchbarkeit der Sache zu beeinflussen pflegen, z. B. die Mieterträgnisse eines verkauften Hauses. Zum Begriff der „Eigenschaft" gehört selbstverständlich auch das Fehlen von Fehlern im Sinne des § 459, Abs. 1.

Für beide Gruppen von Mängeln gilt, daß sich die Haftung für sie auf die Zeit des Gefahrübergangs bezieht. War der Mangel zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden, aber zur Zeit des Gefahrübergangs beseitigt, so haftet der Verkäufer nicht, wohl aber, wenn der Mangel vor oder nach Vertragsschluß entstanden ist und im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch besteht. Eine Ausnahme hiervon enthält lediglich § 463, wonach eine Schadensersatzpflicht nur dann begründet ist, wenn der Mangel auch zur Zeit des Vertragsschlusses schon bestanden hat.

2. Der Inhalt der Sachmängelhaftung.

Unter den angegebenen Voraussetzungen hat der Käufer einen Anspruch auf Wandelung (§ 462) oder einen Anspruch auf Minderung (§ 462) oder evtl. einen Anspruch auf Schadensersatz (§ 463), beim Gattungskauf endlich noch einen Anspruch auf Umtausch (§ 480).

Von diesen Rechten des Käufers ist am wichtigsten das Recht der Wandelung, d. h. der Rückgängigmachung des Kaufes. Es genießt gegenüber dem Anspruch auf Minderung oder Schadensersatz den Vorteil der leichteren Durchsetzbarkeit, denn es bedarf nicht der Feststellung des Regelwerts, die bei der Minderung oft schwierig ist, und nicht des Nachweises eines erlittenen Schadens. Der Käufer kann den Anspruch auf Wandelung — ebenso übrigens den Anspruch auf Minderung oder auf Schadensersatz wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft — auch dann geltend machen, wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft, also selbst dann, wenn dieser nicht einmal die Möglichkeit gehabt hat, die verkaufte Sache zu prüfen. Es genügt vielmehr das objektive Vorhandensein eines Fehlers. § 467 erklärt die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften mit einigen Abweichungen und Besonderheiten auch auf die Wandelung für anwendbar: Käufer und Verkäufer sind grundsätzlich verpflichtet, die empfangenen Leistungen Zug um Zug (§ 348) zurückzugewähren (§ 346). Das Recht

auf Wandelung wird regelmäßig nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Käufer ohne Verschulden nicht imstande ist, die gekaufte Sache zurückzugeben. Zufälliger Verlust und zufällige Verschlechterung fallen vielmehr — dem § 350 entsprechend — dem Verkäufer zur Last, der somit bei einer mangelhaften Sache auch noch nach der Uebergabe die Gefahr trägt. Dagegen erlischt der Anspruch auf Wandelung, wenn der Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache oder ihre wesentliche Verschlechterung vom Käufer verschuldet worden ist (§ 351) oder wenn seinerseits eine wesentliche Verarbeitung oder Umbildung stattgefunden hat, es sei denn, daß sich der Mangel erst bei oder gar erst nach dieser Umgestaltung gezeigt hat (§§ 352, 467). Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel, so kann ihm der Verkäufer die Wandelung anbieten und ihm eine angemessene Frist zur Aeußerung bestimmen. Läßt der Käufer diese Frist fruchtlos verstreichen, so erlischt sein Anspruch auf Wandelung (§ 466). Wird die Wandelung vollzogen, so geht das Schuldverhältnis ex tunc unter. Sind mehrere Sachen verkauft worden und von diesen nur einzelne mangelhaft, so ist die Wandelung regelmäßig auf die mangelhaften Sachen beschränkt (§ 469, Satz 1). Sind aber die mehreren Sachen als zusammengehörig verkauft worden, so kann der Käufer oder der Verkäufer, je nachdem, ob dem einen oder dem andern die Trennung der mangelhaften Sachen von den mangelfreien nachteilig sein würde, die Wandelung auch auf die mangelfreien Sachen erstrecken (§ 469, Satz 2). Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich von selbst auch auf die Nebensache (§ 470, Satz 1). Ist dagegen nur die Nebensache mangelhaft, so kann die Wandelung in jedem Fall auch nur in Ansehung dieser Nebensache verlangt werden, auch wenn Haupt- und Nebensache als zusammengehörig verkauft sind (§ 470, Satz 2).

Der Anspruch auf Minderung geht auf verhältnismäßige Kürzung des Kaufpreises. Der Kaufpreis wird nicht auf den Wert der Sache in ihrem mangelhaften Zustand herabgesetzt, sondern er wird in dem Verhältnis gemindert, in welchem der Wert der Sache in mangelfreiem Zustand zu ihrem wirklichen Wert im Augenblick des Vertragsschlusses gestanden hätte (§ 472).

Zur Wandelung und zur Minderung wäre noch zu bemerken, daß, wenn auf der Käufer- oder auf der Verkäuferseite mehrere Personen auftreten, die Wandelung nur von allen Käufern gegen alle Verkäufer (§§ 467, 356), die Minderung dagegen von jedem Käufer gegen jeden Verkäufer verlangt werden kann (§ 474, Abs. 1). Ist die von einem der Käufer verlangte Minderung vollzogen, so ist die Wandelung ausgeschlossen (§ 474, Abs. 2). Hat der Käufer wegen eines Mangels Minderung verlangt, so kann er,

auch wenn die Minderung bereits vollzogen ist, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder nochmals Minderung verlangen (§ 475).

Das Wesen und der Inhalt des Wandelungs- und des Minderungsanspruchs werden verschieden beurteilt. Zwei Ansichten stehen sich gegenüber: die Vertragstheorie und die Herstellungstheorie, auf die in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen werden kann. Nach der Vertragstheorie hat der Käufer einen Anspruch auf Abschluß eines neuen Vertrages, der den alten Vertrag auflöst (wandelt) oder (durch Herabsetzung des Kaufpreises) einschränkt und der nach Maßgabe der §§ 459 ff. Gewährleistungsansprüche erzeugt. Die Herstellungstheorie erklärt demgegenüber die einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Käufers, daß er wandele oder mindere, für ausreichend; schon hierdurch, nicht erst durch einen Vertrag, entstehe der Anspruch des Käufers auf Rückerstattung bzw. Teilerstattung des Kaufpreises usw.[2]).

Anstelle der Wandelung oder der Minderung kann der Käufer in zwei Fällen auch Anspruch auf Schadensersatz erheben (§ 463):

1. beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft zur Zeit des Verkaufs,
2. beim arglistigen Verschweigen eines Fehlers im Sinne des § 459, Abs. 1, welchem das Reichsgericht das Vortäuschen einer nicht vorhandenen Eigenschaft gleichstellt.

Da es sich um „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" handelt, geht der Anspruch auf das positive (Erfüllungs-)Interesse. Der Käufer kann demzufolge verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die Sache mangelfrei geliefert worden wäre oder die zugesicherte oder vorgetäuschte Eigenschaft hätte.

Sämtliche Ansprüche sind dann ausgeschlossen, wenn der K ä u f e r den Mangel k e n n t (§ 460). Hierbei ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt. Fallen der Vertragsschluß und der Gefahrübergang nicht — wie beim Handkauf — zeitlich zusammen, so verwirkt der Käufer die Gewährleistungsansprüche auch dann, wenn die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses mangelfrei war, der Käufer aber wußte, daß vor dem Gefahrübergang ein Mangel entstehen werde; umgekehrt stehen ihm in diesem Fall die Gewährleistungsansprüche dann zu, wenn er den zur Zeit des Vertragsschlusses vorhandenen Mangel kennt, aber annimmt, daß er bis zum Augenblick des Gefahrübergangs beseitigt sein wird[3]). War der Fehler (§ 459, Abs. 1) dem Käufer infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben oder vertraute er grob fahrlässig darauf, daß

2) Ueber den Stand des Meinungsstreits vgl. im einzelnen Oertmann, Anmerkungen zu § 465, S. 614 ff.

3) Schmidt, S. 106.

der Fehler bis zum Gefahrübergang behoben sein werde, oder wußte er infolge grober Fahrlässigkeit nicht, daß die zur Zeit des Vertragsschlusses noch fehlerfreie Sache vor dem Gefahrübergang fehlerhaft werden würde, so haftet der Verkäufer nur dann, wenn er die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder den Fehler arglistig verschwiegen hatte.

Die Rechte des Käufers sind ferner dann ausgeschlossen, wenn er die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos angenommen hat (§ 464). Diese Annahme ohne Vorbehalt gilt als stillschweigender Verzicht auf die Mängelansprüche. Grobe Fahrlässigkeit ist hier in keinem Fall der Kenntnis gleichgestellt.

Außerdem können die Gewährleistungsvorschriften durch vertragliche Abrede ausgeschlossen werden.

Von besonderer Wichtigkeit sind die kaufrechtlichen Verjährungsregeln. Die Ansprüche auf Wandelung oder Minderung oder Schadensersatz verjähren nur dann in der regelmäßigen Frist von 30 Jahren (§ 195), wenn der Fehler oder das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft arglistig verschwiegen oder eine nicht vorhandene Eigenschaft vorgetäuscht worden ist. Sonst verjähren sämtliche Mängelansprüche regelmäßig bei beweglichen Sachen in sechs Monaten, bei Grundstücken in einem Jahr (§ 477). Die Verjährung beginnt bei beweglichen Sachen mit der Ablieferung, bei Grundstücken mit der Uebergabe. Auf die Kenntnis des Mangels kommt es also nicht an, so daß Mängel, die erst nach Ablauf der Verjährungsfrist entdeckt werden, nicht mehr geltend gemacht werden können, es sei denn, daß eine besondere Garantie übernommen worden ist. Diese kurze Verjährung weist nämlich gegenüber den gewöhnlichen Verjährungsbestimmungen insofern eine wesentliche Eigentümlichkeit auf, als sie entgegen § 225 durch Vertrag verlängert werden kann (§ 477, Abs. 1, Satz 2). Bedeutsam ist ferner, daß sie nicht erst durch Klageerhebung (§ 209), sondern bereits durch den Antrag auf gerichtliche Beweisaufnahme unterbrochen wird (§ 477, Abs. 2). Die §§ 478/9 bestimmen, daß der Käufer auch noch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises verweigern oder mit dem Anspruch auf Schadensersatz aufrechnen kann, und zwar im Falle des arglistigen Verschweigens ohne weiteres, sonst dagegen nur dann, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder eine entsprechende Anzeige an ihn abgesendet, gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem Prozeß mit dem späteren Erwerber dem Verkäufer wegen des Mangels den Streit verkündet hat.

Beim Gattungskauf hat der Käufer außer den oben erörterten Mängelansprüchen das Recht, die Lieferung mangelhafter Stücke als Erfüllung abzulehnen und stattdessen die Lieferung fehlerfreier und

vertragsgemäßer Sachen zu verlangen (§ 480).

Für den Viehkauf ist bei bestimmten Tieren eine weitgehende Einschränkung der Mängelansprüche vorgesehen (§ 481), die aber in diesem Zusammenhang nicht interessiert.

II. Gegenüberstellung der §§ 459 ff. und der allgemeinen Bestimmungen.

1. Einleitende Bemerkungen über

a) den Zweck dieser Gegenüberstellung.

Nachdem über den Inhalt der §§ 459 ff. ein Ueberblick gewonnen ist, kann nun geprüft werden, ob und in welchem Umfang die §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen Anwendung finden können. Nach dem Wortlaut des § 459 beschränken sich nämlich die Gewährleistungsvorschriften auf „Sachen", d. h. auf körperliche (bewegliche und unbewegliche) Gegenstände (§ 90).

Bevor jedoch im Einzelfall untersucht wird, ob eine Anwendung der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen erwünscht und zulässig ist, soll festgestellt werden, ob und worin sich die §§ 459 ff. im allgemeinen von denjenigen Vorschriften unterscheiden, die sonst Anwendung finden würden, d. h. ob und welche Besonderheiten die §§ 459 ff. generell aufweisen, die für ihre ausdehnende Auslegung einen praktischen Anreiz bieten.

b) „Andere Gegenstände als Sachen".

Andere Gegenstände als Sachen sind

1. Rechte,
2. Gegenstände, die weder Sachen noch Rechte sind.

Was zunächst die Rechte betrifft, so interessiert das schwierige Problem der Abgrenzung von Rechtsmängeln und Sachmängeln nur insoweit, als es sich um einen Rechtskauf handelt, nicht dagegen, soweit es sich um einen reinen Sachkauf handelt, denn zur Erörterung steht die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen. Es interessiert demnach z. B. nicht die Frage, ob, wenn beim Kauf eines Grundstücks (also einer Sache) eine Polizeiverordnung die Bebauung verbietet, ein Rechtsmangel oder ein Sachmangel gegeben ist.

Auf Mängel eines verkauften Rechts finden zunächst die §§ 434 ff. Anwendung. Da aber § 440 auf die allgemeinen Vorschriften für gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.) verweist, kann die Frage nach den Besonderheiten der §§ 459 ff. gegenüber den allgemeinen Bestim-

mungen gemeinsam für Rechte und andere Gegenstände als Sachen und Rechte beantwortet werden.

c) Die Anwendung des Kaufrechts auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte.

Zuvor bedarf es indes noch einer Prüfung, ob auf Gegenstände, die weder Rechte noch Sachen sind, die Kaufregeln überhaupt Anwendung finden können:

§ 433 zählt nämlich als Kaufgegenstände nur „Sachen" und „Rechte" auf. Auch die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften gemäß § 493 ist auf Sachen beschränkt. In den §§ 2371 ff. ist zwar von dem Verkauf einer Vermögensmasse, nämlich einer Erbschaft, die Rede; für diesen Kauf gelten aber besondere Vorschriften. „Darüber hinaus neigen heute Wissenschaft und Rechtsprechung dazu, alle verkehrsfähigen gegenständlichen Güter als möglichen Verkaufsgegenstand anzuerkennen"[1]), z. B. Handelsgeschäfte, Kundschaften, Vermögensinbegriffe, Sachgesamtheiten usw. Dem § 433 ist nicht eine ausschließliche Tragweite dahin zuzusprechen, daß ein Kaufvertrag rechtlich nur an Sachen und Rechten möglich sei, und daß auf die Veräußerung anderer Güter als Sachen und Rechte lediglich die allgemeinen Bestimmungen über Schuldverhältnisse Anwendung finden könnten. Bei der Beratung des § 433 wurde folgendes allgemein festgestellt[2]): „Theoretisch sei es richtig, daß auch andere Werte als Sachen und Rechte Gegenstand eines Kaufes sein können. Die Fassung des Entwurfs[3]) schließe dies aber nicht aus. Für solche Fälle habe der Entwurf sich einer besonderen Vorschrift enthalten, weil dasjenige, was in denselben dem Verkäufer obliege, sich aus dem Inhalt des Vertrages unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und allenfalls der Verkehrssitte von selbst ergebe. Es empfehle sich im Interesse der Klarheit, an einer konkreten Gestaltung der Vorschrift festzuhalten und nicht für alle denkbaren, sondern nur für diejenigen Geschäfte Fürsorge zu treffen, deren Ordnung der Verkehr erfordere". Hieraus ergibt sich, daß das Kaufrecht auf die Veräußerung von Gütern, die weder Sachen noch Rechte sind, unmittelbar keine Anwendung findet. „Indessen hat § 433 seine mehr konkretisierende Gestaltung nur aus gesetzestechnischen Erwägungen, nicht aus inneren Gründen erhalten. Der Gedanke, seine An-

1) Lehmann § 101 II, S. 365.
2) Protokolle II, S. 51.
3) § 459, Abs. 1: „Durch den Kaufvertrag wird der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer, wenn eine Sache Gegenstand des Kaufs ist, . . . , wenn ein Recht Gegenstand des Kaufs ist, . . .".

wendung auf den Kauf anderer Lebensgüter auszuschließen, lag fern. Deshalb besteht kein Hindernis, die besonderen Bestimmungen des BGB über den Kauf auch auf die Veräußerung anderer Güter gegen Geld analog anzuwenden, soweit das einzelne Gut dieser Art eine solche analoge Anwendung gestattet"[4]). Ob diese letztere Voraussetzung im Einzelfall gegeben ist, wird später geprüft werden müssen.

d) Die Fragestellung.

Nachdem die grundsätzliche Anwendbarkeit der Kaufregeln auch auf Gegenstände, die weder Sachen noch Rechte sind, festgestellt ist, kann nunmehr untersucht werden, welche Eigentümlichkeiten gegenüber den allgemeinen Vorschriften die §§ 459 ff. enthalten, die eine Anwendung auf andere Gegenstände als Sachen angeraten erscheinen lassen.

Dabei handelt es sich um eine andere Fragestellung, als sie bei der Erörterung des Problems der Gesetzeskonkurrenz zwischen den §§ 459 ff. und allgemeinen Vorschriften üblich ist. Es steht — jedenfalls zunächst — nicht jene Frage, die eine der wichtigsten und schwierigsten des BGB überhaupt ist, zur Erörterung, inwieweit wegen eines Mangels der Kaufsache die allgemeinen Regeln des Schuldrechts in Betracht kommen. Diese Frage beantwortet die herrschende Lehre überschläglich dahin, daß „die allgemeinen Regeln durch die §§ 459 ff. zurückgedrängt, aber nicht vollständig ausgeschlossen werden, sondern nur so weit, als das entweder ausdrücklich ausgesprochen wird, oder als ein Widerspruch zu den Sonderregeln des Kaufrechts oder ihrer erkennbaren Tendenz sich ergibt"[5]). Hier handelt es sich nicht darum, ob und in welchem Umfang, wenn der Tatbestand der §§ 459 ff. erfüllt ist, daneben die Anwendung allgemeiner Bestimmungen nötig und möglich ist, sondern umgekehrt darum, ob, wenn vorerst nur allgemeine Bestimmungen in Frage kommen, stattdessen die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften — zunächst einmal erwünscht ist. Dort steht die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. außer Zweifel, dagegen die Anwendbarkeit allgemeiner Bestimmungen in Frage. Hier steht die Anwendbarkeit allgemeiner Bestimmungen außer Zweifel, dagegen die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. in Frage.

---

4) RG 63, 59 f.
5) Oertmann, Vorbem. zu §§ 459 ff., 2 c, S. 585.

2. Vergleich der §§ 459 ff. mit

a) dem Unmöglichkeitsrecht.

Von den allgemeinen Bestimmungen interessieren vornehmlich die §§ 306, 307 einerseits, sowie die §§ 275, 323 und 280, 325 andererseits. § 324 scheidet aus, weil das Kaufrecht den Fall, daß die (nachfolgende) Unmöglichkeit der Leistung vom Gläubiger, also vom Käufer, zu vertreten ist, überhaupt nicht behandelt.

Die §§ 459 ff. stellen die Haftung des Verkäufers ab auf den Zustand der verkauften Sache im Zeitpunkt des Gefahrübergangs. Sie setzen nicht nur dann ein, wenn der Mangel schon zur Zeit des Vertragsschlusses bestanden hat und im Zeitpunkt des Gefahrübergangs noch besteht, sondern auch dann, wenn der Mangel nachträglich, zwischen dem Vertragsschluß und dem Uebergang der Gefahr, entstanden ist. Das Gewährleistungsrecht behandelt also anfänglich vorhandene und nachher entstehende Fehler grundsätzlich gleich (eine Ausnahme bildet lediglich § 463, der auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses abstellt und daher nur auf ursprüngliche Mängel Anwendung findet, nicht dagegen auf nachfolgende Verschlechterungen).

Demgegenüber unterscheiden die allgemeinen Bestimmungen streng zwischen anfänglicher „Unmöglichkeit" (§§ 306/8) und nachträglicher „Unmöglichkeit" (§§ 275 ff., 323 ff.).

α) Anfängliche Mangelhaftigkeit.

Die Erfüllungspflicht des Verkäufers einer Stücksache geht nicht dahin, die Sache frei von Mängeln zu liefern[6]). Er ist vielmehr auf Grund des § 433 lediglich verpflichtet, die verkaufte Sache unverändert zu liefern[7]). Ist also die Sache bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einem Fehler behaftet und übereignet sie der Verkäufer dem Käufer in diesem ursprünglichen mangelhaften Zustand, so hat er damit gleichwohl seiner Erfüllungspflicht genügt: Die verkaufte Sache ist unverändert geliefert. Infolgedessen kann hier von anfänglicher „Unmöglichkeit" oder Teilunmöglichkeit im Sinne des § 306 keine Rede sein. Denn die Leistung, zu der sich der Verkäufer verpflichtet hatte (Lieferung einer unveränderten Sache) ist erbracht, also möglich gewesen[8]).

---

6) vgl. Schmidt S. 104, Oertmann § 433, 2 a δ, S. 531 und die dortigen Literaturhinweise.

7) Schmidt, S. 111.

8) Schmidt S. 103 f., ebenso Kreß § 26, 1 II A a, S. 11, der freilich — wie z. B. auch Lehmann § 112 I, S. 403 und Oertmann § 433, 2 a δ, ββ, Abs. 2, S. 532 — hinsichtlich der Leistungspflicht des Verkäufers auf dem Standpunkt steht, daß der Verkäufer die Sache nicht nur unverändert, sondern in ihrem

Wie wäre nun die Rechtslage, wenn die Sonderregelung der §§ 459 ff. nicht bestünde?

Mag auch der Verkäufer die verkaufte Sache nicht frei von Mängeln leisten müssen, so wäre es doch mit den §§ 157, 242 unvereinbar, wollte man den Verkäufer für die Mängelfreiheit überhaupt nicht einstehen lassen. Allgemeine Bestimmungen aber, die unmittelbar helfen könnten, gibt es nicht (von den §§ 157, 242 abgesehen). Die hier bestehende Lücke wird von den §§ 459 ff. ausgefüllt: „Die Bedeutung der gesetzlichen Regelung der Gewährleistungsansprüche liegt darin, den durch einen verborgenen Mangel des Kaufgegenstandes geschaffenen Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer durch positive Bestimmungen zu lösen. An die Stelle schwankender, von der Auffassung des Augenblicks abhängiger Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte oder einer durch künstliche Auslegung erst zu gewinnenden stillschweigenden Bedingung des Fehlens eines solchen Mangels sind im Interesse der Rechts- und Verkehrssicherheit dem Käufer die Rechtbehelfe positiv geregelt"[9]).

Mochte es dem Richter bei vernünftiger Würdigung der beiderseitigen Interessen in den meisten Fällen auch ohne die besondere Regelung der Gewährleistungspflicht des Verkäufers möglich gewesen sein, allein aus den allgemeinen Gesichtspunkten des § 242 oder des Verschuldens beim Vertragsschluß oder eines stillschweigend gegebenen Garantieversprechens zu ähnlichen Ergebnissen zu gelangen: Eine große Rechtsunsicherheit wäre dennoch unausbleiblich gewesen, und eine solche hätte sich gerade auf dem alltäglichen Gebiet des Kaufrechts besonders schädlich ausgewirkt.

Es sei nur hingewiesen auf die klaren und erschöpfenden Wandelungs- und Minderungsvorschriften, ferner z. B. darauf, daß das Gesetz von sich aus positiv bestimmt (§ 463, Satz 2), daß der Verkäufer bei arglistigem Verschweigen eines Mangels schlechthin zum Ersatz des vollen Nichterfüllungsschadens verpflichtet ist (während er nach allgemeinen Grundsätzen nur auf den Vertrauensschaden haften würde). Der Käufer kann also nicht nur verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand, nämlich die arglistige Täuschung, nicht eingetreten wäre (§ 249), sondern er kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn die

---

Zustand zur Zeit des Vertragsschlusses zu liefern habe, ein Unterschied, der sich bei nachträglich entstehenden Mängeln praktisch auswirkt, vgl. unten S. 11 unten.

9) RG 67, 89; es handelt sich um eine Entscheidung, in der gerade die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen zur Erörterung stand und auf die wir deshalb später noch einmal zurückkommen werden, vgl. S. 51.

vorgetäuschte Eigenschaft vorhanden oder die verschwiegene Eigenschaft nicht vorhanden wäre. Weiterhin wird z. B. durch § 463, Satz 1 klargestellt, daß der Verkäufer im Falle von Zusicherungen auch ohne Verschulden für deren Richtigkeit einzustehen hat.

Schon hieraus ergibt sich, daß die Sonderregelung der §§ 459 ff. die gerechte Beurteilung anfänglicher Fehler wesentlich erleichtert und somit dazu beiträgt, eine Unstetigkeit in der Rechtsprechung und demzufolge eine Unsicherheit im Rechtsverkehr möglichst auszuschalten. Mit Rücksicht hierauf wäre eine ausdehnende Anwendung der §§ 459 ff. auf urspüngliche Mängel anderer Gegenstände als Sachen nur zu begrüßen.

β) Nachfolgende Mangelhaftigkeit.

Wie bereits festgestellt wurde[10]), ist der Verkäufer einer Stücksache verpflichtet, die verkaufte Sache unverändert zu übereignen. Entsteht ein Mangel nachträglich, d. h. zwischen Vertragsschluß und Gefahrübergang, so kann die geschuldete Leistung (Lieferung einer unveränderten Sache) nicht erbracht werden. Infolgedessen liegt in diesem Fall — im Gegensatz zum anfänglichen Mangel — „Unmöglichkeit" vor.

Der Mangelhaftigkeit der §§ 459 ff. (Vorliegen eines erheblichen Fehlers oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft) entspricht, sofern der Gegenstand durch den Mangel seine Brauchbarkeit für den Käufer völlig verliert, der Totalunmöglichkeit der §§ 323 ff., und ihrer Teilunmöglichkeit, sofern die Brauchbarkeit nur gemindert ist. Insoweit sind also die §§ 323, 325 dem Tatbestand nach gegeben; es handelt sich beim § 459 nicht etwa grundsätzlich um Fälle der positiven Vertragsverletzung[11]); denn unter diesen Begriff fallen nur solche mangelhaften Leistungen, die einen besonderen, durch die mangelhafte Erfüllung an sich nicht gegebenen Schaden verursachen, z. B. die Ansteckung der gesunden Tiere des Käufers durch die verkauften kranken; im Falle des § 459 wird dagegen der Schaden vor der Erfüllung verursacht, und zwar durch Verschlechterung des Erfüllungsgegenstandes selbst[12]).

Unmöglichkeit liegt auch dann vor, wenn der Mangel heilbar ist. Hier gewinnt jener Unterschied praktische Bedeutung, ob der Verkäufer die verkaufte Sache so zu liefern hat, wie sie sich zur Zeit des Vertragsschlusses darstellt, oder ob er nur verpflichtet ist, Aenderungen von der Sache fernzuhalten. Steht man auf dem Standpunkt, daß die Leistungspflicht des Verkäufers auf Lieferung

10) S. 9.

11) vgl. Oertmann, Vorbem. zu §§ 459 ff., 2 f., S. 588, anders Lehmann § 112 I 4, S. 406.

12) vgl. Schmidt S. 111 unten.

der verkauften Sache in ihrem Zustand zur Zeit des Vertragsschlusses gehe, so muß man folgerichtig die Ansicht vertreten, daß der Verkäufer „nach dem Vertragsschluß bis zum Gefahrübergang entstandene (nachträgliche) Mängel zu beseitigen hat"[13]). Eine solche Ausbesserungspflicht des Verkäufers ist aber mit dem Kaufrecht — im Gegensatz zum Recht des Werkvertrags (§ 633, Abs. 2, Satz 1) — unvereinbar[14]). Insbesondere wäre es unbillig, dem Verkäufer eine Pflicht zur Nachbesserung auch dann aufzuerlegen, wenn er die Aenderung nicht zu vertreten hat. Diese Konsequenz entfällt, wenn man wie Schmidt[15]) erklärt, der Verkäufer sei lediglich verpflichtet, die verkaufte Sache unverändert zu liefern. Danach muß der Verkäufer die Aenderung nur vermeiden, nicht aber die eingetretene Aenderung beseitigen. Ist also ein Mangel nachträglich entstanden, so ist die Verpflichtung des Verkäufers, eine Verschlechterung der Sache zu verhüten, unmöglich geworden, mag auch der Mangel behebbar sein. Im Gegensatz zu Kreß verursacht demnach auch ein heilbarer Fehler die Unmöglichkeit oder Teilunmöglichkeit der Leistungspflicht des Verkäufers. Hat der Verkäufer die Aenderung nicht verschuldet, so wird er — anders wie bei Kreß — ganz oder zum Teil frei (§ 275). Hat er dagegen die Entstehung des Mangels zu vertreten, so ergibt sich auch hier (billigerweise aber auch nur hier) im Endergebnis eine Ausbesserungspflicht, indem nämlich die §§ 280, 325 zum Schadensersatz und damit in erster Linie zur Naturalherstellung verpflichten.

Da sich hinsichtlich nachträglich entstehender Mängel im allgemeinen Teil des Schuldrechts konkretere Vorschriften finden, als hinsichtlich anfänglicher Mängel, soll auf die Unterschiede zwischen den §§ 323 ff. und den §§ 459 ff. etwas näher eingegangen werden.

Dem Anspruch auf Wandelung (§ 462) steht, wenn der Verkäufer den Mangel nicht verschuldet hat, die Aufhebung des Vertrages (§ 323) gegenüber, und, wenn der Verkäufer den Mangel verschuldet hat, das Rücktrittsrecht des Käufers (§ 325)[16]). Der Minderung (§ 462) steht, wenn der Verkäufer den Mangel nicht verschuldet hat, die Verringerung der Gegenleistung nach Minderungsgrundsätzen (§ 323) gegenüber, und, wenn der Verkäufer den Mangel verschuldet hat, der Teilrücktritt gemäß § 325.

Welche Verschiedenheiten weisen nun die Rechtsfolgen dieser beiden Normengruppen im einzelnen auf?

---

13) so z. B. Kreß § 26, 1 II A a, S. 11 f.

14) vgl. Lehmann § 108 I 2, S. 390 und § 112 I 2, S. 404, Schmidt S. 111 und die dort zitierte Literatur.

15) S. 111, 114, 122.

16) In diesem Fall kann der Käufer auch die Rechte aus § 323 geltend machen, § 325, Abs. 1, Satz 3.

αα) Beschränkungen des Käufers.

Eine wesentliche Beschränkung erfahren die Rechte des Käufers, und zwar sowohl der Anspruch auf Wandelung wie der auf Minderung, durch die kurze Verjährung mit den Fristen von sechs Monaten und einem Jahr (§ 477). Demgegenüber verjährt der Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung (§ 323, Abs. 3) in der regelmäßigen Frist von 30 Jahren (§ 195). Das Rücktrittsrecht des § 325 ist überhaupt unverjährbar.

Ferner ist der Käufer insofern schlechter gestellt, als die Rechtsfolgen des § 323 ipso jure eintreten, während die Wandelung und die Minderung nur über die Geltendmachung von Ansprüchen erreichbar sind.

Eine Beschränkung zuungunsten des Käufers scheint auch darin zu bestehen, daß eine Haftung des Verkäufers gemäß § 459, Abs. 1, Satz 2 dann entfällt, wenn der Fehler den Wert der Kaufsache nur unerheblich mindert, eine Vorschrift, die sich in den allgemeinen Bestimmungen nicht ausdrücklich findet. Zur Vermeidung unbilliger Härten wird aber § 242 in den meisten Fällen zu dem gleichen Ergebnis führen müssen.

Aehnlich verhält es sich mit § 464, wonach der Käufer weder wandeln noch mindern kann, wenn er die Sache in Kenntnis des Mangels vorbehaltlos angenommen hat: Eine solche ausdrückliche Beschränkung enthalten die allgemeinen Bestimmungen ebenfalls nicht; der dem § 464 zugrundeliegende Verzichtgedanke kommt indes für die allgemeinen Bestimmungen auch ohne ausdrückliche Anführung in Betracht.

ββ) Begünstigungen des Käufers.

Neben diesen Beschränkungen aber, von denen eine wesentliche Rolle nur die kurze Verjährung spielt, sieht das Gewährleistungsrecht der §§ 459 ff. eine Reihe bedeutsamer Erweiterungen der allgemeinen Bestimmungen zugunsten des Käufers vor.

Was zunächst die Wandelung betrifft, so ist von großer Wichtigkeit, daß sie nicht nur dann zulässig ist, wenn der Tausch- oder Gebrauchswert der verkauften Sache völlig aufgehoben ist, sondern auch schon dann, wenn lediglich eine Minderung des Wertes vorliegt. Demgegenüber kommt nach den allgemeinen Bestimmungen bei einer Wertminderung die Aufhebung des Vertrages, wenn den Verkäufer kein Verschulden trifft, überhaupt nicht (§ 323) und, wenn den Verkäufer ein Verschulden trifft, nur dann in Betracht, wenn eine Teilerfüllung für den Käufer ohne Interesse ist (§ 325). Eine Aufhebung des Vertrages (§ 323) bzw. das Recht zum Rücktritt vom ganzen Vertrage (§ 325) sind also

grundsätzlich nur dann gegeben, wenn eine Totalunmöglichkeit vorliegt.

Hervorzuheben ist ferner, daß für die Wandelung Rücktrittsrecht gilt (§ 467), dagegen für die Aufhebung des Vertrages auf Grund der Unmöglichkeitsvorschriften Bereicherungsrecht (§ 323, Abs. 3). Hieraus ergibt sich, daß der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gemäß §§ 467, 346 Gattungsschuld, dagegen nach § 323, Abs. 3 Speziesschuld ist, d. h.: bei Anwendung der allgemeinen Bestimmungen wird der Verkäufer von seiner Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises befreit, sobald er nicht mehr bereichert ist (§§ 323, Abs. 3, 818, Abs. 3); gemäß §§ 467, 346 ist der Verkäufer dagegen verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugewähren: Wie das seinerseits empfangene Geld aus einer Gattungsschuld des Käufers herrührte, so hat jetzt umgekehrt der Verkäufer ebenfalls eine Gattungsschuld gegenüber dem Käufer; gehen also die empfangenen Geldstücke oder -scheine durch Zufall unter, so bleibt der Verkäufer — anders wie bei dem Anspruch aus § 323, Abs. 3 — dennoch verpflichtet.

Außerdem gehen die Rechtsfolgen der Wandelung auch insofern über die Rechtsfolgen der §§ 323, 325 hinaus, als der Wandelungsanspruch auch mangelfreie Sachen umfassen kann. Sind nämlich Sachen als zusammengehörig verkauft worden und von ihnen nur einzelne mangelhaft, so kann der Käufer verlangen, daß die Wandelung auch auf die fehlerfreien Sachen erstreckt werde, falls die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können (§ 469). Eine entsprechende Erstreckung der §§ 323, 325 ist ausgeschlossen[17]).

Erwähnt sei noch, daß der Verkäufer nicht auf Grund des Unmöglichkeitsrechts, wohl aber bei der Wandelung verpflichtet ist, die Vertragskosten zu ersetzen (§ 467, Satz 2), und daß der Verkäufer den Wandelungsanspruch im Gegensatz zum Rücktrittsrecht (§ 355) nur dann durch Fristsetzung zum Untergang bringen kann, wenn der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel behauptet hat (§ 466).

So ergibt sich, daß der Wandelungsanspruch in mehrfacher Hinsicht zugunsten des Käufers weiter geht, als die entsprechenden Rechtsbehelfe der §§ 323, 325. Wenn man die weitergehenden Folgen der Wandelung und die oben aufgezählten Beschränkungen des Gewährleistungsrechts gegenüber den allgemeinen Bestimmungen gegeneinander abwägt, so ist im ganzen eine Begünstigung des Käufers durch die Gewährleistungsvorschriften festzustellen.

Was die Minderung anbelangt, so ist gegenüber den auch für sie geltenden Beschränkungen jene Erweiterung zugunsten des

17) vgl. Schmidt S. 117 oben.

Käufers von Bedeutung, die sich aus § 474 ergibt. Während das Rücktrittsrecht auf Grund des § 325 für den Fall, daß mehrere Käufer oder Verkäufer beteiligt sind, nur gegen alle und von allen ausübbar ist (§ 356), kann die Minderung von jedem und gegen jeden verlangt werden (§ 474). Wenn also mehrere Käufer vorhanden sind und nur einer von ihnen Mängelansprüche erheben will, so kann dieser auf Grund der allgemeinen Bestimmungen nicht allein zurücktreten, wohl aber auf Grund der Gewährleistungsvorschriften allein mindern.

Erwähnenswert ist noch, daß der Minderungsanspruch des § 462 durch Fristsetzung im Gegensatz zum Rücktrittsrecht (§ 355) überhaupt nicht zum Erlöschen gebracht werden kann.

So ergibt sich zusammenfassend, daß der Käufer auf Grund der Wandelungs- und Minderungsregeln gegenüber dem Unmöglichkeitsrecht der §§ 323 ff. ebenfalls Vorzüge genießt, die einer Anwendung der §§ 459 ff. auch auf andere Gegenstände als Sachen durchaus einen praktischen Zweck verleihen würden, zumal da, wenn die §§ 459 ff. Anwendung finden, nach der herrschenden Lehre[18]) zwar die Anwendung des § 323 ausgeschlossen ist, die Anwendung des § 325 aber, soweit er sich auf den Schadensersatzanspruch bezieht, zulässig bleibt (Verschulden verschärft die Rechtsfolgen). Schmidt[19]) erklärt den § 325 überdies auch hinsichtlich des Rücktrittsrechts für anwendbar. § 324 gilt ohnehin für den Kaufvertrag, da das Kaufrecht für den Fall, daß der Käufer die Mangelhaftigkeit des Kaufgegenstandes zu vertreten hat, keine Sonderbestimmungen vorsieht.

b) Vergleich der §§ 459 ff. mit der Irrtumsanfechtung.

Auch gegenüber der Irrtumsanfechtung gelten für die Wandelung die Beschränkungen der kurzen Verjährung und der regelmäßigen Verwirkung im Falle grob fahrlässiger Unkenntnis. Die Wandelung weist aber auch eine Reihe wesentlicher Vorteile auf: Der anfechtende Käufer muß sich von dem Kaufpreis, den er zurückerhält, das negative Interesse abziehen lassen, der wandelnde Käufer erhält den Kaufpreis ohne Abzug zurück; anfechten kann man nur unverzüglich nach Bekanntwerden des Anfechtungsgrundes (insoweit wirkt sich § 477 für den Käufer günstig aus); die Anfechtung ist nur zulässig beim Irrtum über verkehrswesentliche, also besonders wichtige Eigenschaften,

18) Lehmann § 112 I 4, S. 406, Schmidt S. 121 ff., Heck § 89, 3 und 4, S. 279 f.

19) S. 135, ebenso Oertmann Vorbem. zu §§ 459 ff., 2 d γ, $\alpha\alpha$, S. 586.

die Mängel des § 459 dürfen geringfügiger sein; ein Recht auf Anfechtung ist dann nicht gegeben, wenn die Eigenschaft erst nach Vertragsschluß (aber vor dem Gefahrübergang) verloren geht, usw.

Die Rechtsprechung und die herrschende Lehre[20]) argumentieren nun, daß die erwähnten Beschränkungen des Wandelungsrechts durch die Zulassung der Irrtumsanfechtung illusorisch würden und daß deshalb im Falle der Wandelungsmöglichkeit die Anwendbarkeit des § 119 entfallen müsse. Demgegenüber hat insbesondere Schmidt[21]) überzeugend dargetan, daß die Möglichkeit der Wandelung die Anfechtung wegen Irrtums nicht ausschließe, daß vielmehr die weitergehenden Rechtsfolgen der Anfechtung gerechtfertigt würden durch die schärferen Bedingungen, deren Erfüllung der Anfechtungstatbestand erfordert. Hiernach bleiben also die Beschränkungen der Wandelungsvorschriften, insbesondere die kurze Verjährung, nur insoweit von Bedeutung, als es sich um Fälle handelt, die über das Anwendungsgebiet des § 119 hinausgehen, so daß der Wandelungsanspruch auch hier den Käufer ungeschmälert begünstigt. Ist nämlich der Tatbestand der Anfechtung und der der Wandelung erfüllt, so kann der Käufer anfechten oder wandeln. Beide Rechtsbehelfe haben Vorzüge und Nachteile. Der Käufer kann denjenigen wählen, der ihm günstiger ist. Ist der Tatbestand der Anfechtung nicht gegeben, so kann dennoch der weitergehende Tatbestand der Wandelung erfüllt sein. Der Fall, daß nur der Tatbestand der Anfechtung, aber nicht der der Wandelung gegeben ist, interessiert hier nicht.

c) Vergleich der §§ 459 ff. mit der Täuschungsanfechtung.

Die Wandelung begünstigt den Käufer gegenüber der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung vor allem insofern, als der Käufer in diesem Fall innerhalb von 30 Jahren wandeln kann, selbst wenn er den Fehler sogleich nach der Uebergabe der Kaufsache entdeckt (die kurzen Verjährungsfristen gelten gemäß § 477 nicht bei Arglist des Verkäufers). Dagegen sieht das Anfechtungsrecht eine Ausschlußfrist von einem Jahr vor (§ 124).

Daß neben dem Wandelungsanspruch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zulässig bleibt, wird heute — im Gegensatz zur Irrtumsanfechtung — kaum mehr bestritten[22]).

---

20) Heck § 89, 6, S. 281, Lehmann § 122 III, S. 407.
21) S. 85 ff., ebenso Oertmann Vorbem. zu §§ 459 ff., 2 g, 2. Abs., S. 588.
22) vgl. Lehmann § 112 II, S. 406 f.

3. Ergebnis.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich, daß die §§ 459 ff. dem Käufer — im ganzen gesehen — wesentliche Vergünstigungen gegenüber den Unmöglichkeitsvorschriften und dem Anfechtungsrecht einräumen und daß demzufolge ihre ausdehnende Anwendung auf andere Gegenstände als Sachen tatsächlich von großem Wert sein könnte. Ob eine solche erweiternde Auslegung der Gewährleistungsvorschriften im Einzelfall mit dem Wesen des Vertrages und den berechtigten Belangen des Verkäufers vereinbart werden kann, ob also die Interessenlage jeweils die gleiche wie beim Sachkauf ist, wird im Nachstehenden geprüft werden.

III. Die Anwendung der §§ 459 ff. auf Rechtskäufe.

1. Der reine Rechtskauf.

Wie schon festgestellt wurde, sind andere Gegenstände als Sachen einmal Rechte und andererseits Gegenstände, die weder Sachen noch Rechte sind. Was zunächst den Kauf von Rechten anbelangt, so gelten für ihn prima facie nicht die §§ 459 ff., sondern nur die §§ 434 ff. Hiernach ist der Verkäufer insbesondere verpflichtet, dem Käufer das verkaufte Recht frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können (§ 434). Der Verkäufer haftet im Zweifel für den Bestand des verkauften Rechts (§ 437), nicht aber im Zweifel für seine Durchsetzbarkeit (§ 438). Für den Fall der Nichterfüllung der Verkäuferpflichten finden die §§ 320 ff. entsprechende Anwendung (§ 440).

Die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. neben diesen Vorschriften über die Rechtsmängelhaftung ist jedenfalls insoweit zu verneinen, als es sich um einen reinen Rechtskauf handelt, worunter ein solcher Rechtskauf verstanden werden soll, bei dem Sachmängel nicht in Frage stehen können, z. B. der Kauf einer Buchforderung. Für diesen Rechtskauf, vorerst aber auch nur für diesen Rechtskauf, trifft es zu, daß die „entsprechende Anwendung (der §§ 459 ff.) auf den Kauf von Rechten um deswillen ausgeschlossen ist, weil das Bürgerliche Gesetzbuch den Kauf einer Sache und den Kauf eines Rechts als zwei gesonderte Arten des Kaufs behandelt und für jede von diesen beiden Arten besondere Vorschriften gegeben hat“[1]). Denselben Standpunkt vertritt insoweit auch das Schrifttum[2]).

1) RG 90, 243.
2) Lehmann § 108 IV 3, S. 393, Heck § 91, 7 a, S. 286, Oertmann 1 b, Abs. 3 zu § 459, S. 589 f.

2. Der Kauf von Sachenrechten.

a) Der Rechtskauf zur Sachbeschaffung.

Zweifel ergeben sich, sobald das verkaufte Recht zu einer Sache in rechtlicher Beziehung steht. So betont Oertmann (a. a. O.), daß, auch wenn man eine unmittelbare Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auf den Kauf von Rechten, weil aus dem Gesetz nicht entnehmbar, grundsätzlich ablehnen müsse, dies dennoch „einer entsprechenden Anwendung wenigstens auf die Fälle nicht entgegenstehen (dürfte), wo das verkaufte Recht (z. B. ein Nießbrauch) ein sachliches Substrat besitzt und durch dessen Mängel mitbetroffen wird". Auch Heck (a. a. O.)[3]) vertritt die Ansicht, daß die Anwendung der §§ 459 ff. auf derartige „Rechtskäufe zur Sachbeschaffung" geboten erscheint: Solche Geschäfte würden im Leben ebenso als Sachkäufe angesehen, wie der eigentliche Eigentumskauf, und es wäre nicht verständlich, wenn der Verkäufer eines Erbbauhauses etwa für Hausschwamm weniger haften sollte als der Verkäufer eines eigenen Hauses; schon § 242 erfordere gleiche Behandlung[4]).

§ 433 unterscheidet zwischen Sachkäufen und Rechtskäufen. Sachkauf ist hiernach lediglich der Eigentumskauf. Die Rechtskäufe zur Sachbeschaffung gehören zu den Rechtskäufen (wie sich unmittelbar aus § 433 ergibt: „Der Verkäufer eines Rechts ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben"). Infolgedessen scheinen die Vorschriften über die Sachmängelhaftung auf einen solchen „Rechtskauf zur Sachbeschaffung" keine Anwendung finden zu können. Bedenkt man indes, daß auch das Eigentum ein „Recht" ist, so kann im weiteren Sinne auch der Eigentumskauf als „Rechtskauf" angesehen werden. Danach würde sich ein Oberbegriff „Rechtskauf" ergeben, innerhalb dessen der Eigentumskauf als derjenige Rechtskauf zu definieren wäre, bei dem jemand das Eigentum erwirbt, um sich eine Sache zu verschaffen. Eine Sachverschaffung kann aber, wie wir gesehen haben, nicht nur durch den Kauf von Eigentum, sondern z. B. auch durch den Kauf eines Nießbrauchs- oder Erbbaurechts vermittelt werden. So entwickelt sich aus jenem Oberbegriff „Rechtskauf" ein Teilbegriff „Sachkauf", zu dem logischerweise jeder Kauf

3) ebenso DüringerHachenburg I. Kap. Anm. 177, S. 161.

4) Oertmann (a. a. O.) zitiert in diesem Zusammenhang eine Entscheidung des OLG Braunschweig vom 21. 2. 1913 (28, 127), die aber keinen „Rechtskauf zur Sachbeschaffung", wie etwa den des Nießbrauchsrechts an Sachen, behandelt, sondern umgekehrt einen „Sachkauf zur Rechtsbeschaffung", nämlich den käuflichen Erwerb von Kuxen, deren Wert durch Mängel des Bergwerks abträglich beeinflußt wird. Diese Entscheidung ist infolgedessen nicht schon hier, sondern erst an späterer Stelle (s. S. 36) zu würdigen.

gezählt werden müßte, bei dem der Erwerb eines Rechts Mittel ist zum Zweck der Verschaffung einer Sache, also nicht nur der Eigentumskauf, sondern etwa auch der Kauf eines Nießbrauchs oder Erbbaurechts. Durch die Beschränkung des Begriffs „Sachkauf" auf den Eigentumskauf und durch die Hinzurechnung des „Rechtskaufs zur Sachbeschaffung" zum Rechtskauf (§433) wird die logisch-theoretische Aehnlichkeit zwischen dem Eigentumskauf und dem „Rechtskauf zur Sachbeschaffung" nur verschleiert, aber nicht beseitigt.

Ueberdies ist — und das ist der entscheidende Punkt — auch praktisch die Interessenlage beim Rechtskauf zur Sachbeschaffung die gleiche wie beim Eigentumskauf. Das erhellt hinsichtlich des Erbbaurechts schon daraus, daß dieses wie ein Grundstück behandelt wird und grundsätzlich den Vorschriften über die Grundstücke untersteht[b]). Es wäre in der Tat unverständlich, wenn der Verkäufer eines zu bestellenden Nießbrauchs an einem Grundstück mit Gebäude für Sachmängel weniger haften sollte als der Verkäufer des Eigentums an dem Grundstück mit Gebäude, oder der Verkäufer eines Erbbauhauses weniger als der Verkäufer eines eigenen Hauses. Die Zubilligung der Mängelansprüche, also z. B. des Rechts, im Falle einer bloßen (wenn auch erheblichen) Minderung des Wertes des verkauften Gegenstandes die völlige Rückgängigmachung des Vertrages und nicht nur eine Verringerung der Gegenleistung zu verlangen, ist angesichts der gleichen Interessenlage ebenso berechtigt wie die Verjährung der Mängelansprüche in den kurzen Fristen des § 477. Der Unterschied ist lediglich der, daß in dem einen Fall das Eigentum, also das umfassendste dingliche Recht, verkauft wird, in dem anderen Fall ein weniger umfassendes Recht. Dagegen wird in beiden Fällen der Wert des Kaufgegenstandes aufgehoben oder gemindert durch Mängel von S a c h e n.

Geht man also davon aus, daß auch der Sachkauf letzten Endes ein Rechtskauf ist, so ergibt sich, daß für die Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften nicht entscheidend sein kann, ob eine Sache oder ein Recht verkauft ist. Denn ebenso unlogisch wie die Unterscheidung von Sachkäufen und Rechtskäufen als Begriffen, die sich gegenseitig ausschließen, wäre die Verschiedenheit der Rechtsfolgen, die von dieser Unterscheidung bestimmt wird. Maßgebend für die Anwendung der §§ 459 ff. ist vielmehr insoweit, ob Sachmängel vorliegen oder nicht. Dies kann aber eben nicht nur dann der Fall sein, wenn Eigentum verkauft ist, sondern auch dann, wenn andere Rechte verkauft sind, die zum Besitz einer Sache berechtigen.

Andererseits gelten die Vorschriften über Sachmängel (§§ 459 ff.) für die „Rechtskäufe zur Sachbeschaffung" selbstverständlich nicht ausschließlich. Wie beim Eigentumskauf der Verkäufer neben sei-

ner Haftung für Mängel der Sache dafür einzustehen hat, daß die Sache frei von Rechten Dritter ist (§ 434), so setzt auch beim „Rechtskauf zur Sachbeschaffung" für den Fall, daß nicht Sachmängel, sondern Rechtsmängel gegeben sind, die Rechtsmängelhaftung ein (§§ 434 ff.).

Als bisheriges Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß nicht nur beim sogenannten Sachkauf, sondern auch bei einem Rechtskauf, nämlich beim „Rechtskauf zur Sachbeschaffung" die Vorschriften über Rechtsmängel und Sachmängel anwendbar sind.

b) Der Rechtskauf zur Sachbeteiligung.

Wenn man aber die Anwendung der §§ 459 ff. außer auf den Kauf des wichtigsten und umfassendsten Rechts an Sachen, nämlich des Eigentums, auch auf den Kauf von beschränkteren (Nutzungs-)Rechten an Sachen, wie Nießbrauch und Erbbaurecht, für zulässig hält, so wird man das Anwendungsgebiet der §§ 459 ff. wohl auch noch weiter auf den Kauf solcher Rechte ausdehnen können, die nicht wie der Nießbrauch an Sachen und das Erbbaurecht zum Besitz einer Sache und weitgehendst zu ihrer Nutzung berechtigen, sondern letzteres nur in beschränkterem Umfang gestatten. Gedacht ist an den Kauf von Grunddienstbarkeiten und beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten[6]), z. B. den Kauf einer Wassergerechtigkeit, deren Wert infolge schlechter Qualität des Wassers wesentlich gemindert oder aufgehoben wird. An diesem Beispiel wird übrigens auch klar, daß hier eine Anwendbarkeit der §§ 459 ff. schon wegen Mangels am Tatbestand (Sachmängel) dann entfällt, wenn der Eigentümer des dienenden Grundstücks lediglich zu einer Unterlassung verpflichtet ist oder zur Duldung anderer Vorgänge als Nutzungen, z. B. zur Duldung übermäßiger Immissionen. Handelt es sich dagegen um den Kauf einer Grunddienstbarkeit oder beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die die Nutzung eines Grundstücks zum Gegenstand hat, und wird der Wert dieser Rechte durch Sachmängel beeinträchtigt, so sind dem Käufer auch hier die Gewährleistungsansprüche zuzugestehen.

Es fragt sich nun, ob man noch einen Schritt weiter gehen und die §§ 459 ff. auch dann für entsprechend anwendbar erklären kann, wenn das verkaufte Recht zwar weder zum Besitz noch zur Nutzung einer Sache berechtigt, wohl aber eine sachliche Grundlage hat und durch deren Mängel abträglich beeinflußt wird. Gemeint

5) vgl. § 11 der Verordnung über das Erbbaurecht vom 15. 1. 1919.

6) mit Ausnahme des im § 1093 behandelten Wohnrechts, dessen Kauf als „Rechtskauf zur Sachbeschaffung" nach den bisherigen Ausführungen ohnehin den Vorschriften über die Sachmängelhaftung unterliegt.

ist z. B. der Verkauf einer Hypothekenforderung oder Grundschuld, deren Wert durch Mängel des belasteten Grundstücks aufgehoben oder gemindert ist.

Oertmann führt aus[7]), daß bei dem Verkauf einer Hypothek etwa die Zusicherung ihrer Güte nicht als Zusicherung einer Eigenschaft angesehen werden könne und daher nicht nach den §§ 459 ff. zu behandeln sei, daß vielmehr in derlei Fällen unter Umständen eine Haftung nach § 437 oder eine Haftung aus einem besonderen Garantieversprechen in Betracht komme.

Demgegenüber hat das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 25. 11. 1903 [8]) erklärt, daß die Zusicherung der Güte einer Hypothek als Zusicherung im Sinne des § 459, Abs. 2 angesehen werden müsse. Es handelte sich hier um den Fall, daß der Verkäufer eines Grundstücks unter Anrechnung auf den Kaufpreis mehrere Hypotheken des Käufers in Zahlung genommen hatte und daß diese Hypotheken bei der kurz darauf stattgefundenen Zwangsversteigerung der belasteten Grundstücke ausgefallen waren; der Erwerber der Hypotheken (der Verkäufer des Grundstücks) verlangte deshalb von dem Veräußerer der Hypotheken (dem Käufer des Grundstücks) Schadensersatz, und zwar u. a. „aus der Gewährleistung, weil die Hypotheken die ... von dem Beklagten ... zugesicherten Eigenschaften nicht gehabt hätten". Der Berufungsrichter erklärte den Gewährleistungsanspruch für begründet, sofern der Kläger beeide, daß der Beklagte geäußert hat, die Hypotheken seien gut. Die Sache wurde zwar vom Reichsgericht an das Berufungsgericht zurückverwiesen, aber nicht etwa deshalb, weil die Anwendung der §§ 459 ff. hier grundsätzlich abzulehnen sei. Im Gegenteil, das Reichsgericht stimmte dem Berufungsrichter darin zu, „daß mit der Erklärung, die Hypothek sei gut, der Hypothek eine „Eigenschaft" beigelegt wird, allerdings eine Eigenschaft, die ihr nicht an sich zukommt, sondern die durch einen außerhalb liegenden Umstand, nämlich den jeweiligen Wert des Grundstücks, bestimmt wird". Der Vorderrichter hatte es vielmehr lediglich daran fehlen lassen zu prüfen, ob im Sinne des § 459, Abs. 2 auch eine Zusicherung dieser Eigenschaft gegeben worden war, d. h. ob „das Versprechen einer bestimmten Eigenschaft und das Einstehen für dieses Versprechen einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bilden" sollte.

Diesen Standpunkt, daß auf den Verkauf einer Hypothekenforderung unter der Zusicherung ihrer Güte die §§ 459 ff. grundsätzlich Anwendung fänden, hat das Reichsgericht später aufgegeben. So führt es z. B. in einer Entscheidung vom 1. 11. 1913 [9]) aus — in

7) 1 b, Abs. 3 zu § 459, S. 590.
8) Gruch. 48, 340 ff.
9) 83, 245.

einem Falle, bei dem es sich gleichfalls darum handelte, daß in Anrechnung auf den Kaufpreis für ein Grundstück Hypotheken in Zahlung genommen wurden, die sich als „völlig wertlos" erwiesen —: „In welcher Weise der Kläger seinen Ersatzanspruch geltend machen kann, ist, da die beiden dem Kläger an Zahlungsstatt gegebenen Hypotheken nicht Sachen, sondern Rechte darstellen, nicht nach § 463 ... zu beurteilen ... Wenn in einem Urteile des erkennenden Senats[10]) vom 5. 11. 1907 ... ausgesprochen worden ist, daß § 463 auch beim Kauf von Hypotheken Anwendung finde, so hat doch der Senat demnächst ständig an der entgegengesetzten Ansicht festgehalten, JW 10, 934; 12, 137 und 742"[11]).

Die gleiche Auffassung wird auch von Lehmann vertreten[12]). Während sich aber das Reichsgericht zur Begründung der Unanwendbarkeit der §§ 459 ff. auf die Zusicherung der Güte von Hypotheken kurzerhand und ausschließlich darauf stützt, daß sich die §§ 459 ff. ihrem Wortlaut nach nur auf den Kauf von Sachen, also körperlichen Gegenständen (§ 90), beziehen, tritt Lehmann gegenüber der Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. 11. 1903[13]), in der die Zulässigkeit einer Analogie noch bejaht wurde, dafür ein (a. a. O.), „hier ein nach Analogie des Forderungskaufes (§ 438) zu beurteilendes Garantieversprechen anzunehmen"; insbesondere dürfe die kurze Verjährung der Sachmängelhaftung keine Anwendung finden, da diese „hier ganz unangebracht" sei.

Was zunächst die ausdehnende Auslegung des § 438 anbelangt, so steht das Schrifttum ohne nähere Begründung tatsächlich auf dem Standpunkt, daß § 438 auch dann entsprechende Anwendung finde, wenn „Gegenstand des Kaufes und der Abtretung nicht eine Forderung, sondern eine Hypothek oder eine Grundschuld ist und für deren Güte die Gewähr übernommen wird"[14]). Auch das Reichsgericht führt in einer Entscheidung vom 5. 5. 1913[15]) aus, daß § 438 zwar unmittelbar nur vom Forderungskauf handele, daß aber „die Rechtsähnlichkeit des Falles einer Haftungsübernahme beim Rechtskauf, namentlich beim Kauf einer Hypothek" eine entsprechende Anwendung gebiete. „Daß das Gesetz die Regel des § 438 geflissentlich allein für den Forderungskauf hätte geben, ihre Anwendung beim Rechtskauf dagegen hätte ausschließen wollen, dafür bietet auch die Entstehungsgeschichte des Gesetzes keinen Anhalt (vgl. Mot. II 126/7, Prot. I, 387)". Hierzu ist zu bemerken, daß

10) Es handelt sich um den V. Zivilsenat, von dem auch die vorher gewürdigte Entscheidung aus dem Jahre 1903 stammt.
11) vgl. auch RG-Warn. 15, 428.
12) § 108, Fußnote 35, S. 393.
13) Gruch. 48, 340 ff.
14) so RGR-Kom. 1 a. E. zu § 438, S. 34 unten, ebenso Planck 1, Abs. 2 zu § 438, S. 663, Oertmann 6 zu § 438, S. 546.
15) Gruch. 57, 933, vgl. auch RG-Warn. 18, 301.

die Materialien zum BGB sich zu der Anwendbarkeit des § 438 auf den Hypothekenkauf oder ähnliche Rechtskäufe überhaupt nicht äußern, so daß sie zwar keinen Anhalt gegen, aber auch keinen Anhalt für die ausdehnende Auslegung bieten. Im übrigen ist die analoge Anwendung des § 438 auf Hypothekenkäufe m. E. aus folgendem Grunde abzulehnen: Im Gegensatz zu § 437, auf Grund dessen der Verkäufer „einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes" für den rechtlichen Bestand „der Forderung oder des Rechtes" haftet, spricht § 438 nicht allgemein von der Haftung für die Durchsetzbarkeit von Forderungen und sonstigen Rechten, sondern ausschließlich von der Haftung des Verkäufers „einer Forderung" für die „Zahlungsfähigkeit des Schuldners". Damit beschränkt er seine Wirkung deutlich auf rein obligatorische Rechtsverhältnisse. Infolgedessen kann § 438 für den Fall eines Hypothekenkaufes dann, m. E. aber auch nur dann, Anwendung finden, wenn der Verkäufer die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des persönlichen Schuldners der Hypothekenforderung übernommen hat. Um eine solche Haftung wird es sich indes bei der Zusicherung der Güte einer Hypothek meist nicht handeln. „Wird für die Einbringlichkeit einer Hypothek Gewähr geleistet", so ist damit in aller Regel gemeint, „daß der Verpflichtete dafür einstehen solle, daß die Hypothek bei einer etwaigen Versteigerung des Grundstücks zur Hebung komme"[16]). Eine Haftung hierfür würde sich also auf die dingliche (sachliche) Seite des Hypothekenkaufes, auf die Hypothek als solche, als dingliches Recht beziehen, nicht dagegen auf die Hypothekenforderung[17]). Aus diesem Grunde liegt es nahe, auf die Zusicherung der Güte einer Hypothek nicht die Vorschriften über die Haftung des Forderungsverkäufers für die Bonität des Schuldners, sondern die Vorschriften über die Haftung für zugesicherte Eigenschaften von Sachen (§ 459, Abs. 2) analog anzuwenden.

Dennoch ist der herrschenden Lehre und der ständigen neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts im Ergebnis darin zuzustimmen, daß beim Fehlen der zugesicherten Güte einer verkauften Hypothek die §§ 459 ff. keine Anwendung finden können. Abgesehen davon, daß der Wert keine zusicherungsfähige Eigenschaft im Sinne des § 459 darstellt, ist noch folgendes zu beachten: Die „Güte" einer Hypothek richtet sich meistens und in erster Linie nach dem Wert des belasteten Grundstücks. Sichert der Verkäufer dem Käufer zu, daß die Hypothek gut sei, so übernimmt er damit die Gewähr, daß die Hypothek bei der Zwangsversteigerung nicht ausfällt, daß also, wenn es darauf ankommt, auch der Wert des belasteten Grund-

16) RG Gruch. 57, 931.
17) vgl. Staudinger 4 d zu § 438, S. 64.

stücks bis dahin nicht gemindert wird oder, falls der zur Zeit des Verkaufs feststehende Wert nicht ausreichen sollte, zwischenzeitlich entsprechend gestiegen ist. In beiden Fällen kann von der Zusicherung einer „Eigenschaft" im Sinne des § 459 auch deshalb keine Rede sein, weil es sich bei diesen Eigenschaften einmal um Verhältnisse der Gegenwart handeln muß[18]) (dieses Erfordernis ist nicht erfüllt, wenn der Verkäufer für die Erhöhung des Grundstückswertes in der Zukunft einzustehen hat), und weil andererseits auch die Zusicherung des Fortbestands einer zur Zeit des Vertragsschlusses schon vorhandenen Eigenschaft, also hier des Grundstückswerts bis zur Zwangsversteigerung, ebenfalls nicht unter § 459 fällt[18]).

Die Frage, auf welche anderen Vorschriften die Haftpflicht des Verkäufers sich gründet, gehört nicht zum Thema. Eine Anwendung der §§ 459 ff. ist jedenfalls insoweit unzulässig.

Hieraus darf indes nicht gefolgert werden, daß die §§ 459 ff. auf den Verkauf von Hypotheken überhaupt unanwendbar seien. Ebenso wie man dem Käufer eines Nießbrauchs an Sachen im Falle von Mängeln der Sache die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff. zubilligt, obwohl es sich nicht um einen Sachkauf im engeren Sinne des Eigentumskaufs handelt, muß man das gleiche Zugeständnis grundsätzlich auch dem Käufer von Grundpfandrechten machen und zwar für den Fall, daß der Wert des Grundstücks durch Sachmängel aufgehoben oder erheblich gemindert oder eine zugesicherte Eigenschaft des Grundstücks nicht vorhanden ist und dadurch auch der Wert des Grundpfandrechts abträglich beeinflußt wird. Es handelt sich in beiden Fällen um den Kauf von Rechten an Sachen. Nur im Umfang der Berechtigung besteht ein Unterschied. Dagegen können beide Kaufobjekte durch Sachmängel ebenso entwertet werden wie das Eigentumsrecht. Es erweist sich auch hier als richtig, daß für die Anwendung der §§ 459 ff. nicht so sehr maßgeblich zu sein hat, ob es sich um einen Verkauf von Sachen handelt, als vielmehr in erster Linie, ob der Wert des verkauften Gegenstandes unmittelbar oder mittelbar[19]) durch Sachmängel aufgehoben oder wesentlich gemindert wird oder zugesicherte Sacheigenschaften nicht vorhanden sind. Es sei aber betont, daß die Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften auf Hypothekenkäufe insoweit nur grundsätzlich anzuerkennen ist und nicht etwa schlechthin für jeden Hypothekenkauf. Sie entfällt selbstverständlich dann, wenn die Umstände ergeben, daß eine Haftung des Hypothekenverkäufers für Mängel des Grundstücks von den

18) vgl. Oertmann 5 b β zu § 459, S. 597.

19) hinsichtlich zugesicherter Eigenschaften anders Oertmann 5 bα, Abs. 2 Ende zu § 459, S. 597.

Parteien nicht gewollt war. Jedoch auch hierin unterscheidet sich die Sachmängelhaftung beim Kauf eines Grundpfandrechts nicht von der Sachmängelhaftung beim gewöhnlichen Eigentumskauf, hinsichtlich dessen die §§ 459 ff. ja ebenfalls durch besondere Parteiabrede ausgeschlossen werden können.

Aber nicht nur auf den Kauf von Grundschulden und hypothekarisch gesicherten Forderungen, sondern auch auf den Kauf von Forderungen, die durch Pfandrechte an beweglichen Sachen dinglich gesichert sind, wird man die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. erstrecken müssen.

Schließlich ist dann aber weiterhin anzuerkennen, daß die Gewährleistungsvorschriften grundsätzlich auch beim Kauf von solchen Forderungen, die durch Pfandrechte an Rechten gesichert werden, entsprechend anwendbar sind, sofern es sich um die Vorpfändung von Rechten an Sachen handelt.

Zusammenfassend ist demnach bisher festzustellen: Die §§ 459 ff beziehen sich ihrem Wortlaut nach ausschließlich auf Sachen, nicht auf Rechte. Sie betreffen daher an sich nur den Eigentumskauf. Erkennt man aber, daß auch der Kauf von Sachen letzten Endes ein Rechtskauf ist, eben ein Kauf von Eigentum, so kommt man zu dem Ergebnis, daß für die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. nicht lediglich entscheidend sein kann, ob es sich um einen Kauf von Sachen oder einen Kauf von Rechten handelt. Denn logisch schließen sich die Begriffe „Sachkauf" und „Rechtskauf" nicht aus. Auch der sogenannte Sachkauf ist Rechtskauf. Der „Sachkauf" erweist sich innerhalb des Oberbegriffs „Rechtskauf" als Kauf des umfassendsten Rechts an Sachen, nämlich des Eigentums. So gesehen, ist es auch logisch durchaus verständlich, die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. nicht auf den Kauf von Eigentum zu beschränken, sondern diese Vorschriften auf den Kauf weniger umfassender Rechte an Sachen, nämlich den Kauf von Nutzungsrechten und Pfandrechten an Sachen oder Sachenrechten, auszudehnen. Für die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften kann nicht maßgeblich sein, ob ein Kauf von Sachen oder ein Kauf von Rechten vorliegt, vielmehr gelten die §§ 459 ff. nach den bisher getroffenen Feststellungen grundsätzlich für jeden Kauf von Sachenrechten. Die Gewährleistungsvorschriften sind — gleichgültig, ob es sich um den Kauf von Eigentum oder den Kauf von beschränkten dinglichen Rechten handelt — grundsätzlich immer dann anwendbar, wenn Sachmängel den Gebrauchswert oder den Tauschwert der sachlichen Grundlage und damit des Sachenrechts selbst aufheben oder erheblich mindern oder wenn der sachlichen Grundlage des gekauften Sachenrechts eine zugesicherte Eigenschaft fehlt.

3. Der Kauf von Ansprüchen auf Einräumung von Sachenrechten.

Sachmängel können nun aber nicht nur beim Kauf von Sachenrechten, sondern auch beim Kauf von Schuldrechten eine Rolle spielen, man denke z. B. an den Verkauf eines Anspruchs auf Uebereignung oder Verpfändung einer (mangelhaften) Sache oder an den Verkauf des Rechts aus dem Meistgebot für ein mangelhaftes Grundstück[20]). Eine Gewährleistung für Mängel des Grundstücks bei Abtretung des Rechts aus dem Meistgebot, und damit die Haftung für Sachmängel beim Kauf von Ansprüchen auf Einräumung dinglicher Rechte überhaupt, lehnen sowohl das Reichsgericht wie auch das Schrifttum ab. So führt das Reichsgericht in einer Entscheidung, die die Sachmängelhaftung beim Kauf des Rechts aus dem Meistgebot behandelt[21]), aus, daß sich die §§ 459 ff. ihrem klaren Wortlaut nach nur auf Mängel „verkaufter Sachen", also körperlicher Gegenstände (§ 90) beziehen. „Gegen ihre analoge Anwendung auf den Verkauf bloßer Rechte spricht entscheidend (!) der Umstand, daß § 433 den Verkauf von Rechten dem Verkauf von Sachen gegenüberstellt und daß die §§ 459 ff. immer nur von Mängeln verkaufter Sachen sprechen"[22]). Hier findet sich also gerade jene Argumentation, deren Unbilligkeit und Unlogik nachzuweisen diese Arbeit versuchen soll und bereits oben versucht hat. Das Reichsgericht nimmt die im § 433 sich findende Gegenüberstellung von Sachkäufen und Rechtskäufen ohne Bedenken hin und geht von dieser Unterscheidung aus: Weil § 433 einen Unterschied macht zwischen dem Kauf von Sachen und dem Kauf von Rechten, können nach dem Reichsgericht die §§ 459 ff., da sie nur von Sachen sprechen, auch nur auf den Sachkauf und nicht auch auf den Rechtskauf Anwendung finden. Daß und weshalb diese Begründung nicht stichhaltig ist, wurde schon auseinandergesetzt. Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß die Trennung von Sachkäufen und Rechtskäufen unlogisch ist, weil auch der Sachkauf nichts anderes als einen Rechtskauf darstellt, und daß aus diesem Grunde eine Verschiedenheit der Rechtsfolgen, die in jener (irreführenden) Gegenüberstellung von Sachkäufen und Rechtskäufen begründet liegt, ebenfalls unlogisch sein muß. Deshalb wird diesseits die Ansicht vertreten, daß das Kriterium für die Anwendbar-

---

20) Das Recht aus dem höchsten der im Versteigerungstermin abgegebenen Gebote ist nicht etwa ein dingliches Recht, sondern ein (öffentlich-rechtlicher) Anspruch des Meistbietenden oder dessen Zessionars auf Erteilung des Zuschlags, also auf Uebereignung des Grundstücks.

21) Warn. 08, No. 455, S. 345, vgl. im übrigen Lehmann § 109 IV 3, Abs. 2, S. 393, RGRKom § 459, 1, S. 61, Planck 1 a, Abs. 5 zu § 459, S. 694.

22) ebenso OLG 33, 170.

keit der Gewährleistungsvorschriften nicht in dem Kauf von Eigentum, sondern in dem Vorhandensein von Sachmängeln zu suchen ist, die den Wert des Kaufgegenstandes aufheben oder mindern. Sachmängel können aber nicht nur Sachenrechte, sondern auch Schuldrechte entwerten, so daß das oben formulierte Ergebnis wie folgt zu ergänzen ist: Die §§ 459 ff. sind grundsätzlich auf alle Kaufverträge anwendbar, die der Käufer nicht oder zu günstigeren Bedingungen geschlossen hätte, wenn ihm die Mängel der Sache bekannt gewesen wären, auf die sich das gekaufte Sachenrecht oder Schuldrecht bezieht.

Hinsichtlich des Verkaufs der Rechte aus dem Meistgebot ist noch folgendes zu bemerken: Die Bestimmung des § 56, Satz 3 ZVG, wonach ein Anspruch auf Gewährleistung nicht stattfindet, rechtfertigt allein zweifellos nicht die Annahme, daß auch dem Erwerber des Rechts aus dem Meistgebot seinem Vertragspartner gegenüber ein Gewährleistungsanspruch nicht zustehe. Denn sie versagt diesen Anspruch lediglich dem Ersteher[23]). Mit Recht weist aber das OLG Marienwerder in einer Entscheidung vom 15. 2. 1916[24]) darauf hin, daß ebensowenig wie § 56, Satz 3 ZVG gegen eine Anwendung der §§ 459 ff., die Abtretung der Rechte aus dem Meistgebot schlechthin für die Anwendung der §§ 459 ff. spreche. Es komme vielmehr darauf an, ob der Abtretung ein Verkauf des Grundstücks zugrundeliegt. In diesem Falle müßten die §§ 459 ff. allerdings Anwendung finden. Die Annahme eines Verkaufs sei aber nur dann zulässig, „wenn besondere Tatumstände auf eine solche Vertragsabsicht schließen lassen, z. B. etwa, wenn der Abtretende aus Spekulation geboten hat und nun seine Rechte mit Gewinn aus der Hand gibt". Im Zweifel sei in der Meistgebotsabtretung lediglich eine Rechtsabtretung ohne Haftung für Uebergabe und Erlangung des Eigentums zu finden, auf die § 437, nicht aber die §§ 459 ff. Anwendung fänden, dies besonders dann, wenn der Ersteher Hypothekar war und nur seine Hypothek ausbieten wollte. Bei der Entscheidung der Frage, ob die Abtretung des Meistgebots die Bedeutung eines Verkaufs des ersteigerten Grundstücks haben soll, ist also Vorsicht geboten. Jedenfalls sind nur Fälle solcher Art in diesem Zusammenhang von Interesse und auf sie sind die §§ 459 ff. m. E. unbedenklich anwendbar.

---

23) vgl. Reinhard-Müller VI, letzter Abs. zu § 56, S. 348, Jaeckel-Güthe 5, Abs. 2 zu § 56, S. 276 f., OLG 24, 326.

24) OLG 33, 169 ff.

4. Der Kauf von Mitgliedschaftsrechten, insbesondere Wertpapieren.

a) Vorbemerkungen.

In diesem Teil der Arbeit bedarf es noch einer besonderen eingehenden Erörterung der bekannten Streitfrage, ob und in welchem Umfang die Gewährleistungsvorschriften auf den Kauf von Mitgliedschaftsrechten, insbesondere auch Wertpapieren[25]), die solche verbriefen[26]), anwendbar sind.

Der Wertpapierkauf hat — wie das Wertpapier — eine Doppelnatur: Er bezieht sich einmal auf eine Sache, nämlich das Papier, welches den Erwerb des darin verbrieften Rechts vermittelt, und andererseits auf das in der Urkunde verbriefte Recht selbst. Infolgedessen kann hier nicht nur § 437, sondern auch § 459 anwendbar sein[27]). Da es aber Aufgabe dieser Arbeit ist, die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen zu prüfen, erübrigt sich ein Eingehen auf die Sachmängelhaftung hinsichtlich des Wertpapiers als solchen. Insoweit versteht sich die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. von selbst. Es fragt sich vielmehr, ob außer der Haftung für Mängel des Papiers (§§ 459 ff.) und für den Bestand des verbrieften Rechts (§ 437) eine Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auch in Ansehung von Mängeln jener Sache möglich ist, deren Genuß das Anteilsrecht vermittelt.

Es wird im folgenden vorerst nur vom Kauf von Anteilen an solchen Gesellschaften gesprochen werden, bei denen entweder das Vermögen ausschließlich aus einer Sache besteht (z. B. Grundstücksgesellschaften) oder doch eine Sache völlig im Vordergrund steht (z. B. Bergwerksgesellschaften). Ob die §§ 459 ff. auf den Kauf von Anteilen an solchen Gesellschaften Anwendung finden können, bei denen dies nicht zutrifft, wird aus systematischen Gründen im Anschluß an die Erörterung der Frage untersucht werden ob die Gewährleistungsvorschriften auf den Kauf von Geschäftsunternehmungen und dgl. überhaupt anwendbar sind.

---

25) Wertpapiere sind Träger des in ihnen verbrieften Rechts: Der Besitz der Urkunde ist Voraussetzung für die Geltendmachung, meist auch für die Entstehung und Uebertragung des Rechts.

26) Das Folgende gilt entsprechend auch für solche Wertpapiere, die zwar keine Mitgliedschaftsrechte verbriefen, bei denen aber das durch sie verkörperte Recht ebenfalls durch Mängel seiner sachlichen Grundlage (nicht dagegen des Papiers als solchen) mittelbar entwertet werden kann, z. B. für Industrieobligationen.

27) RGR-Kom. 7 zu § 437, S. 33, Cosack § 123, S. 461, Staub, Vorbem. vor § 373 Anm. 7, S. 625, Oertmann 4 zu § 437, S. 543, Warneyer § 437 III, S. 835.

b) Der Kauf aller Anteile an einer Grundstücksgesellschaft.

Zunächst soll der Fall behandelt werden, daß sämtliche Geschäftsanteile an einer Grundstücks- oder Bergwerks-GmbH oder sämtliche Aktien einer ebensolchen Aktiengesellschaft von deren einzigem Inhaber an einen einzigen Erwerber entweder zur gleichen Zeit oder — was rechtlich gleichbedeutend ist — in der ursprünglichen Absicht, alle Anteile oder Aktien zu übertragen, nach und nach verkauft werden.

Hier liegt an sich ein Rechtskauf im Sinne des § 433, Abs. 1, Satz 2 vor. Der Verkäufer ist also verpflichtet, die Geschäftsanteile oder Aktien dem Käufer zu verschaffen und für ihren rechtlichen Bestand einzustehen. Die Gewährleistungsvorschriften finden mithin auf solche Rechtskäufe unmittelbar keine Anwendung. Es fragt sich aber, ob nicht eine entsprechende Anwendung auf Sachmängel der sachlich-wirtschaftlichen Grundlage dieser Rechte zulässig und geboten ist.

Das Reichsgericht lehnte in einer Entscheidung vom 26. 1. 1915[28]) die Anwendung der Sachmängelhaftung auf den Kauf sämtlicher Geschäftsanteile an einer GmbH, deren Vermögen ausschließlich aus einer Bohrgerechtigkeit bestand, mit der Begründung ab, daß es sich hier um einen Kauf von Rechten handele[29]). „Allerdings ist es dem Käufer . . . offenbar nicht darum zu tun gewesen, Anteilsrechte an einer GmbH zu erwerben[30]), sondern er wollte dadurch die Verfügung über die Bohrgerechtigkeit erlangen, die das Vermögen der Gesellschaft bildete. Dies war aber nur der wirtschaftliche Zweck, den er mit dem Geschäft verfolgte, nicht der Gegenstand der Leistung, die er sich von dem Beklagten versprechen ließ". Der Verkäufer habe sich durch den Kaufvertrag zur Verschaffung des Bohrrechts weder verpflichtet noch überhaupt verpflichten können. Denn dies gehöre nicht dem Inhaber der sämtlichen Geschäftsanteile, sondern der GmbH selbst, und könne daher auch nur von dieser veräußert werden. Gegenstand des Vertrages sei vielmehr einzig und allein die Verschaffung der Geschäftsanteile gewesen. Es handele sich mithin um einen Kauf von Rechten und nicht um einen Kauf von Sachen. Eine Haftung aus den §§ 459 ff. entfalle also von vornherein, während der rechtliche Bestand der Anteile gemäß

---

28) 86, 147 ff.

29) Ob und welcher Sachmangel in diesem besonderen Fall vorlag, ist nicht klar ersichtlich und angesichts der allgemeingültigen Feststellung des Reichsgerichts auch belanglos.

30) Diese Ausdrucksweise ist mißverständlich. Der Käufer wollte natürlich die Anteile erwerben, nur sollte dieser Erwerb nicht Selbstzweck des Geschäftes sein.

§ 437 einwandfrei sei und demzufolge auch insoweit eine Haftung des Beklagten nicht in Frage komme.

Um diese Entscheidung voll würdigen zu können, erscheint es zweckmäßig, ein späteres Reichsgerichtsurteil zum Vergleich heranzuziehen, welches sich auf einen Kaufvertrag bezog, in dem neben dem Verkauf aller Anteile einer GmbH durch deren (einzigen) Inhaber der Verkauf des Gesellschaftsvermögens ausdrücklich vereinbart worden war. Auf einen solchen Kauf erklärte das Reichsgericht[31]) die Sachmängelhaftung der §§ 459 ff. für entsprechend anwendbar, und es betont, daß hierin k e i n Gegensatz zu der vorerwähnten Entscheidung liege: Man müsse scharf unterscheiden zwischen den Geschäftsanteilen und dem Gesellschaftsvermögen. Ihre Träger seien notwendigerweise verschiedene Rechtssubjekte. Das Gesellschaftsvermögen, unter dem namentlich das Geschäftsunternehmen als immaterielles Rechtsgut mit seinen Beziehungen zur Kundschaft, seiner Firma, seinen etwaigen Schutzrechten, dem Inventar u. s w. zu verstehen sei, gehöre der GmbH als selbständiger juristischer Person, der Geschäftsanteil dagegen seinem Inhaber. Die Geschäftsanteile seien nicht Teile des Gesellschaftsvermögens, sondern nur Anteile an der rechtlichen Verfügungsmacht über dieses Vermögen. Durch den Verkauf der Anteile werde die GmbH als solche nicht berührt und werde nicht ohne weiteres auch das Gesellschaftsvermögen verkauft. Dieses verbleibe vielmehr im Vermögen der bestehen bleibenden GmbH. Rechtlich sei es aber durchaus möglich, neben dem Kauf der Geschäftsanteile auch noch das Gesellschaftsvermögen und das hierzu gehörige Geschäftsunternehmen als Ganzes einschließlich Inventar und Warenlager zum b e s o n d e r e n Gegenstand des Kaufes zu machen. In diesem Fall entäußere sich dann nicht nur der (einzige) Anteilseigner aller Geschäftsanteile, sondern auch die GmbH ihres Vermögens, so daß sie zwar ihr Bestehen nicht einbüße, aber — im Gegensatz zum ausschließlichen Verkauf der Geschäftsanteile — lediglich als leerer Firmenmantel bestehen bleibe.

Das Reichsgericht macht also hier die Anwendbarkeit der §§ 459ff. davon abhängig, daß nicht nur die Geschäftsanteile verkauft sind, sondern auch das Gesellschaftsvermögen. Nur in diesem Fall läßt es die Sachmängelhaftung zu. Ob der Anwendbarkeit der §§ 459 ff. insoweit, nämlich auf den Kauf von Handelsgeschäften, zugestimmt werden kann, bleibt einer späteren Prüfung vorbehalten. In diesem Zusammenhang interessiert nur der Tatbestand, daß lediglich die Geschäftsanteile verkauft sind.

---

31) es handelt sich um eine Entscheidung vom 16. 3. 1920: 98, 289 ff.

Während das Reichsgericht in der erwähnten Entscheidung vom 26. 1. 1915[32]) die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. insoweit glaubt ablehnen zu müssen, weil der Erwerb der Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen in diesem Fall nur der wirtschaftliche Zweck, aber nicht der rechtliche Gegenstand des Kaufvertrages gewesen sei, hat es diesen Standpunkt später nicht aufrechterhalten, sondern auch für diejenigen Fälle, in denen der Verkauf des Gesellschaftsvermögens nicht zum besonderen rechtlichen Bestandteil des Vertrages gemacht worden war, die Zulässigkeit und Berechtigung der Sachmängelhaftung grundsätzlich anerkannt. Sprach das Reichsgegericht in der Entscheidung vom 26. 1. 1915 (a. a. O.) noch davon, daß die Erlangung der Verfügungsmacht über die Bohrgerechtigkeit „nur (!) der wirtschaftliche Zweck" des Kaufvertrages, dieser aber rechtlich unerheblich sei, so führt es z. B. in einer Entscheidung vom 23. 5. 1930[33]) aus, daß der wirtschaftliche Erfolg stärker betont werden müsse. Es handelte sich hier um den Verkauf sämtlicher Geschäftsanteile an einer GmbH, die eine Schwerspatgrube betrieb. Diese Grube war bereits weiter abgebaut, als man aus der Grubenkarte entnehmen mußte. Das Reichsgericht stellte fest, daß der wirtschaftliche Zweck des Verkaufs der sämtlichen Geschäftsanteile einer Grundstücks-GmbH darin bestehe, dem Käufer die volle Verfügung über das der Gesellschaft gehörige Grundstück zu verschaffen. Neben diesem wirtschaftlichen Zweck sei der Verkauf der Anteile nur die äußere Rechtsform. Der Erwerber solle nach der Verkehrsauffassung durch den Anteilskauf so gestellt sein, wie wenn er das Grundstück selbst erworben hätte. Es sei unerheblich, ob der hierauf zweifellos gerichtete Parteiwille noch ausdrücklich erklärt werde oder nicht. Wenn daher das Grundstück Sachmängel aufweise, so hafte der Verkäufer auf Grund der §§ 459 ff.[34]).

Gegen diese Rechtsprechung des Reichsgerichts wendet sich insbesondere Roth[35]). Er formuliert und verallgemeinert die Frage nach der Anwendbarkeit der §§ 459—ff. bei einem Kauf sämtlicher Geschäftsanteile an einer Grundstücks-GmbH in Ansehung von Sachmängeln des Grundstücks dahin, „ob es gestattet sein darf, an eine bestimmte zivilrechtliche Gestaltung (Anteilserwerb), weil sie mit einer anderen (Grundstückskauf) die wirtschaftliche Zielsetzung (Verfügungsmacht über das Grundstück) gemeinsam habe, die zivilistischen Folgen (§§ 459 ff.) dieser anderen rechtlichen Gestaltung (Grundstückskauf) zu knüpfen"[36]). Die vom Reichsgericht betätigte Rechtsfindung sei soziologisch eingestellt und verlange als solche

32) 86, 147 ff.
33) JW 1930, 3740, No. 7.
34) Ebenso RG 120, 283, JW 29, 1374 10, RG 122, 378; 124, 164.
35) JW 28, 1392; LZ 28, 1022; JW 29, 2519.
36) JW 28, 1392.

eine besonders kritische Beurteilung. Die soziologische Rechtsprechung berge gerade dadurch, daß sie dem wirtschaftlichen Zweck notfalls über die rechtliche Gestaltung hinweg zum Ziel verhelfe, eine große Gefahr in sich, wenngleich nicht zu verkennen sei, daß sie sich auf verschiedenen Rechtsgebieten, z. B. dem Mietrecht, segensreich ausgewirkt habe. Da in den fraglichen Fällen stets ein Widerspruch zwischen der verwendeten Rechtsform und der materiellen Zielsetzung zu Tage trete, sei eine große Rechtsunsicherheit letzten Endes unausbleiblich. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien würden mehr von einer künftigen richterlichen Beurteilung abhängen als von der vorbedachten rechtlichen Gestaltung bestimmt sein. Die dem Richter hiermit zugestandene Freiheit und zugemutete Verantwortung seien unvereinbar mit der viel zu großen Ausdehnung unseres Justizapparates und der dadurch gegebenen Gefahr der Qualitätsverflachung. Neben diesen rechtspolitischen Bedenken sprächen aber auch rechtstheoretische gegen die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Roth bestreitet, daß eine bestimmte wirtschaftliche Zielsetzung überhaupt in mehreren rechtlichen Gestaltungen erreicht werden kann. Die Erlangung der Möglichkeit, über ein Grundstück uneingeschränkt zu verfügen, sei ein wirtschaftliches Ziel. Der einzige Rechtsweg zur Erreichung dieses Zieles sei der Kauf. Wer zu dem gleichen wirtschaftlichen Zweck eine andere Rechtsgestaltung wähle, müsse sich wohl oder übel mit den hieraus sich ergebenden Rechtsfolgen und den ihnen entsprechenden wirtschaftlichen Vorteilen oder Nachteilen abfinden. Der Einwand, wer sämtliche Anteile einer Grundstücks-GmbH kaufe, wolle in Wahrheit das Grundstück kaufen und müsse deshalb wie ein Käufer des Grundstücks behandelt werden, schlage nicht durch. Nur soweit es für bestimmte wirtschaftliche Zielsetzungen an einer kongruenten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeit fehle, hätten Gesetzgebung und — mit Einschränkungen — auch die Rechtsprechung die Aufgabe, sie zu schaffen. Wo sie aber — wie in den behandelten Fällen — vorhanden sei, sei es Sache der Parteien, auf ihre Gefahr für eine bestimmte wirtschaftliche Zielsetzung die dieser entsprechende rechtliche Gestaltung zu wählen.

Dieser formal-juristischen Denkweise tritt vor allem Hachenburg[37]) entgegen: Er betont, daß im Rechtsverkehr mit Dritten die Trennung der Einmanngesellschaft und ihres Vermögens von der Person des einzigen Gesellschafters und seines Vermögens nicht unbedingt aufrechterhalten werden müsse. Insoweit könnten die Grundsätze von Treu und Glauben Abweichungen erfordern. Die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Anschauungen des Verkehrs dürften nicht hinter die formal-rechtliche Konstruktion zurückge-

37) § 13, 1, Abs. 5, S. 278.

drängt werden. Der Verkäufer aller Anteile einer GmbH, der arglistig Mängel des Geschäftsunternehmens der Gesellschaft verschweige[38]), dürfe nicht mit dem Einwand gehört werden, er hafte nur für Rechtsmängel, aber nicht für Sachmängel, da er nicht das Handelsgeschäft (Grundstück) an sich, sondern nur die Geschäftsanteile verkauft habe. Der Grundsatz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr biete für derartige Fälle die unmittelbare Lösung. „Wer einem andern sämtliche Anteile an einer GmbH verkauft, verkauft ihm nach der Anschauung der Parteien das Unternehmen selbst. Dann muß er auch in gleicher Weise haften (§§ 459 ff.)"[39]).

Zu demselben Ergebnis gelangt auch Sontag[40]). Dem Erwerber der sämtlichen GmbH-Anteile komme es darauf an, das Grundstück zu beherrschen. „Das kann er aber genau so gut, wenn er die Grundstücks-GmbH-Anteile kauft, als wenn er das Grundstück selbst kauft." Die Berechtigung einer Gleichstellung von Anteilskauf und Grundstückskauf erhelle daraus, daß nur durch sie vermieden werden könne, gewisse Gegenstände mit der Maßgabe zum Verkehrsobjekt werden zu lassen, daß bei ihnen die Haftung für Sachmängel ausgeschlossen ist. „Das wichtigste Erfordernis jeder Entscheidung ist, daß ein vernünftiges, dem Rechtsgefühl entsprechendes Resultat herauskommt. Dies ergibt sich aber nicht, wenn man den Erwerber aller Anteiler einer GmbH anders behandelt als den eingetragenen Eigentümer des Grundstücks." Oberste Regel müsse sein, Fälle gleich zu behandeln, für die die gleichen Gesichtspunkte gelten und für die bei Außerachtlassung dieser Gesichtspunkte die gleichen Gefahren heraufbeschworen werden können.

Aehnlich bezeichnet auch Ernst Fuchs[41]) die Ansicht Roths als das Ergebnis einer „Ueberspannung des Gegensatzes zwischen wirtschaftlich und rechtlich". Sie beachte nicht die vom Reichsgericht zutreffend begründete Gerechtigkeit des Ergebnisses, die immer der Prüfstein einer richtigen Gesetzes- und Vertragsauslegung zu sein habe.

Und in der Tat wird man sich mit der herrschenden Lehre der Ansicht des Reichsgerichts im Ergebnis anschließen müssen.

Die rechtliche Gestaltung eines Kaufgeschäfts soll den gewollten wirtschaftlichen Erfolg vermitteln, nicht aber Selbstzweck sein. Folgt man der Ansicht Roths, so kommt man zu dem gegenteiligen Ergebnis, daß die formal-rechtliche Durchführungsweise die Errei-

38) Hachenburg spricht allgemein von „Geschäftsunternehmen", von dem in dieser Arbeit erst weiter unten die Rede sein wird. Doch was für das Geschäftsunternehmen gilt, muß für den Fall, daß das Gesellschaftsvermögen lediglich aus einem Grundstück besteht, erst recht Geltung haben.

39) Hachenburg a. a. O. S. 279.

40) LZ 28, 1030 ff. und 1588.

41) JW 28, 1584 und LZ 28, 1035.

chung des wirtschaftlichen Zieles statt möglich unmöglich macht, mithin einem Ergebnis, das offensichtlich höchst unzulänglich ist. Die wirtschaftliche Zielsetzung ist entscheidend. Wenn daher der erstrebte wirtschaftliche Erfolg und die gewählte rechtliche Gestaltung an sich nicht recht vereinbar sind, muß dem wirtschaftlichen Zweck ungeachtet der äußerlichen Rechtsform durch entsprechende Gesetzesauslegung zum Ziel verholfen werden. Einen Anhalt hierfür bietet das Gesetz selbst durch die Bestimmung des § 133: Da — wie im Zweifel anzunehmen — der übereinstimmende Wille der Vertragspartner darauf gerichtet ist, nicht nur die Anteile, sondern zugleich auch das Gesellschaftsvermögen zu übertragen, muß dieser wirkliche Wille berücksichtigt werden, statt an dem buchstäblichen Sinne zu haften. Auch der allgemeine Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242) würde einer gegensätzlichen Anschauung widersprechen.

Wenn Roth beanstandet, daß die Rechtsbeziehungen der Parteien im Falle der hier vertretenen Ansicht mehr von einer nachträglichen, im Grunde ungewissen richterlichen Beurteilung abhängen würden als von der vorbedachten rechtlichen Gestaltung, so zeugt dies von einer Verkennung des Parteiwillens. Der Richter unterstellt ja nicht einen Zweck als gewollt, der von den Parteien in Wahrheit nicht gewollt war, sondern im Gegenteil: Er verhilft einem Zweck zum Erfolg, der zwar — allein nach dem Wortlaut des Vertrages geurteilt — nicht gewollt zu sein scheint, tatsächlich aber eben doch gewollt wurde.

Der Grund, weshalb es die Parteien trotz des erstrebten weitergehenden wirtschaftlichen Erfolges bei dem Verkauf und der Abtretung der Anteile bewenden lassen, ist in erster Linie der, daß jeder andere Weg umständlicher und weniger zweckdienlich wäre. Nur mittels des Verkaufs der Anteile ist eine Auflassung und eine Aenderung des Grundbuchs zu vermeiden. Geht man davon aus, daß es dem Käufer darauf ankommt, nicht persönlich Eigentümer des Grundstücks zu werden, sondern es auch weiterhin im Eigentum einer Kapitalgesellschaft zu belassen, so kommt noch hinzu, daß der Käufer eine solche Gesellschaft möglicherweise erst gründen müßte. Andererseits hätte der Verkäufer, wenn er für den nach der Auflassung und der grundbuchlichen Eintragung der neuen Eigentümerin verbleibenden Firmenmantel keine anderweitige Verwendung oder sonstige Verwertungsmöglichkeit hat, diese vermögenslos gewordene, also erloschene Gesellschaft im Handelsregister löschen zu lassen (§ 31, Abs. 2 HGB). Die künstliche Aufrechterhaltung einer nur als leere Form im Register eingetragenen Gesellschaft stellt eine unzulässige Verwertung eines Mantels dar(vgl. auch § 2 des Gesetzes über die Auflösung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9. Okt. 1934 — R.G.Bl. I, 914 —, auf Grund dessen

Kapitalgesellschaften, die kein Vermögen besitzen, auf Antrag der amtlichen Berufsvertretung des Handelsstandes, der Steuerbehörde oder von Amts wegen ohne Liquidationsverfahren gelöscht werden können). Auflassung, Eintragung ins Grundbuch und Löschung im Handelsregister wären mit Kosten verbunden (wobei der Vollständigkeit halber bemerkt sei, daß in jedem Fall Grunderwerbsteuer zu zahlen ist, da gemäß § 3 des Grunderwerbsteuergesetzes der Verkauf aller Anteile dem Verkauf des Grundstücks selbst gleichgeachtet wird). M. E. kann nicht die Aeußerlichkeit entscheidend sein, ob diese umständlicheren und kostspieligeren Rechtsformen benutzt werden oder jener einfachere Weg der Anteilsabtretung, die zwar auch der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf (§ 15, Abs. 3 GmbH-Ges.), aber weder Grundbuch- noch Handelsregisterkosten verursacht.

Außerdem ist zu bedenken, daß für den Fall der Unanwendbarkeit der Sachmängelhaftung auf den Verkauf sämtlicher Gesellschaftsanteile der Unlauterkeit Tür und Tor geöffnet sein würden: Die GmbH könnte, ohne daß dies nachweisbar wäre, nur zu dem Zweck gegründet worden sein, durch den Verkauf der Geschäftsanteile die Haftung für die vorhandenen schweren Mängel des Grundstücks zu umgehen. Solche Machenschaften dürfen nicht durch Formalismus sanktioniert werden. Auch an diesem Beispiel erweist sich die gerade heute besonders starke Tendenz nach Beseitigung von Kapitalgesellschaften als durchaus berechtigt. Persönliche Verantwortlichkeit soll sich nicht mit Erfolg hinter anonymen Kapitalgebilden verschanzen können.

Der Einwand, daß sich der Käufer durch eine die Sachmängelhaftung begründende besondere Vertragsabrede sichern könne, schlägt nicht durch. Denn eine solche ausdrückliche Festlegung wird in der Regel deshalb unterbleiben, weil der Käufer davon ausgeht, daß der Verkäufer von Gesetzes wegen haftet. Roth mutet eben dem breiten Publikum eine Rechtskenntnis zu, die es nicht hat und auch nicht haben kann. Die Konsequenzen seiner formalistischen Denkweise wären allenfalls erträglich, wenn es nur Juristen gäbe.

Eine Grundstücksgesellschaft, deren sämtliche Geschäftsanteile in einer Hand vereinigt sind, ist wirtschaftlich mit dem Anteilseigner identisch. Eine gesunde Rechtsauffassung darf daher keinen Unterschied machen, ob die Verfügungsmacht über das Grundstück durch dessen Kauf von der GmbH oder durch den Kauf der Geschäftsanteile von ihrem einzigen Inhaber erworben wird. Das wirtschaftliche Ziel ist in b e i d e n Fällen das gleiche, nämlich die Erlangung der Verfügungsmacht über das Grundstück, und diese wirtschaftliche Zielsetzung ist — unabhängig von der Rechtskonstruktion — maßgebend.

Selbstverständlich kann es vorkommen, daß die Haftung des Verkäufers auf Rechtsmängel beschränkt sein soll. Ein solcher Wille der Parteien muß aber dann erklärt sein. Jedenfalls ist zu sagen, daß der Verkäufer im Zweifel auch auf Grund der §§ 459 ff haftet.

c) Kauf einzelner Anteile an einer Grundstücksgesellschaft.

Es fragt sich nun weiter, ob eine solche ausdehnende Anwendung der §§ 459 ff. auch beim Verkauf einzelner Mitgliedschaftsrechte an Grundstücks- oder Bergwerksgesellschaften für zulässig erachtet werden kann oder nicht.

Gehen wir aus von einer Entscheidung des OLG Braunschweig[42]: Hier waren Kuxe verkauft worden unter der Zusicherung, „die Kohle wäre vorzüglich und läge im Tagebau dicht unter der Erde". Tatsächlich waren die Kuxe „ganz minderwertig und kaum absetzbar". Das OLG erklärte, daß eine entsprechende Anwendung der §§ 459 ff. auf Wertpapiere, die nicht bloß Sachen seien, sondern auch Rechte verbrieften, wenigstens dann nicht ausgeschlossen sei, wenn die Wertpapiere ein sachliches Substrat, wie im gegebenen Fall das Bergwerk, besitzen, und Mängel in Frage stehen, die dieses Substrat und damit zugleich die durch das Papier verbrieften Anteilsrechte betreffen. Es handelte sich also um Mängel, „die weder den Kuxen als Sachen (§ 90) noch den durch sie verbrieften Rechten anhafteten"; vielmehr lagen „wirtschaftliche Mängel des Unternehmens" vor, „an welchem der Kläger durch den Ankauf der Kuxe Anteil gewonnen hat, Mängel also, die zwar die den Wert der Kaufsache bedingenden Verhältnisse betreffen, sich aber nicht unmittelbar auf die Kaufsache beziehen". Das OLG vertritt also auch beim Kauf einzelner Wertpapiere jene Auffassung, die oben in Bezug auf Rechtskäufe zur Sachbeschaffung (z. B. Nießbrauch) oder Sachbeteiligung (z. B. Wassergerechtigkeit) vertreten worden ist.

Auf demselben Standpunkt wie das OLG Braunschweig hatte sich bereits das Reichs-Oberhandelsgericht in einer Entscheidung vom 7. 10. 1875[43] gestellt: Hier war in einem Prospekt, der zum Ankauf bestimmter Aktien auffordern sollte, gesagt, daß sich unter dem Areal des fraglichen Unternehmens umfangreiche Ton- und Lehmlager bester Qualität befänden, eine Behauptung, die den Tatsachen nicht entsprach. Das ROHG stellte fest[44], „daß die Veräußerer der . . . Aktien für eine von ihnen über erhebliche tatsächliche Verhält-

42) 28, 126 ff.
43) 18, 180 ff.
44) 18, 182.

nisse des Unternehmens gemachte Angabe ihren Mitkontrahenten gegenüber aus dem Gesichtspunkt des dictum et promissum nach Maßgabe der §§ 899 ff., 909 ff. des Sächs. BGB haftbar werden konnten".

Mit dieser Entscheidung des ROHG setzt sich das Reichsgericht in einem Urteil vom 5. 11. 1904[45]) auseinander: Hier verlangte eine Käuferin von Aktien Wandelung, mit der Begründung, daß diese völlig wertlos seien, weil die wirtschaftliche Grundlage der Aktiengesellschaft (es handelte sich um ein Bergwerk) nicht das schriftlich und mündlich angepriesene Erz enthalte; das Erz und die Grubenfelder seien vielmehr mit Mängeln behaftet. „Es fragt sich, ob dies (nämlich die wirtschaftliche Bedeutsamkeit der tatsächlichen Voraussetzungen für die Prosperität eines Aktienunternehmens) genüge, um solche tatsächliche Mängel des Unternehmens im Sinne der Gewährleistungspflicht des Verkäufers den Sachmängeln des Papiers, seien es positive Fehler, sei es die Abwesenheit zugesicherter Eigenschaften, gleichzustellen. Dies muß verneint werden." Hiernach beschränkt also das Reichsgericht im Gegensatz zu den vorher zitierten Entscheidungen die Anwendbarkeit der Gewährleistungsvorschriften auf Sachmängel des Papiers. Eine Ausdehnung auf Mängel des Gegenstandes der Aktiengesellschaft sei unzulässig, eben weil es sich hierbei nich um Sachmängel des Papiers handelt. „Die Entscheidung (des ROHG vom 7. 10. 1875) ist zwar auf Bestimmungen des Sächs. BGB gestützt; allein insoweit läßt das Sächs. Recht eine Abweichung vom gemeinen Recht nicht erkennen[46]). Der Senat kann diese Auffassung nicht für richtig halten." Es ist bemerkenswert, daß der II. Zivilsenat des Reichsgerichts in einer Entscheidung vom 13. 3. 1906[47]) diese Auffassung des I. Zivilsenats für „jedenfalls nicht unbedenklich" hält, „namentlich in ihren Ergebnissen für den Kauf von Inhaberpapieren", und daß er diese Zweifel an der Begründetheit der Anschauung des I. Zivilsenats, der die Anwendung der §§ 459 ff. auf Sachmängel des Aktienunternehmens glaubt ablehnen zu müssen, später noch einmal in einer Entscheidung vom 29. 6. 1909[48]) bestätigt hat: „Der I. Zivilsenat hat sich . . . zu dem Grundsatz bekannt, daß Zusicherungen über Güte und Wert . . . des Unternehmens, auf das sie (die Inhaberpapiere) sich beziehen, von dem Zusichernden nicht nach Gewährleistungsgrundsätzen zu vertreten sind, sondern daß das Fehlen einer derartig zugesicherten Eigenschaft, weil die §§ 437 ff. anzuwenden

45) 59, 240 ff.
46) das RG entschied hier noch nach gemeinem Recht, stellt aber ausdrücklich fest, daß auch nach dem neuen Recht nicht anders entschieden werden könne.
47) 63, 61.
48) JW 09, 492.

seien, als Mangel in dem tatsächlichen Bestand des Rechts erscheine. Diese Rechtsansicht ... ist von dem diesseitigen (II.) Zivilsenat in RG 63, 61 als nicht unbedenklich erklärt. Der erkennende (II.) Zivilsenat teilt diese . . . Ansicht auch jetzt noch." Allerdings hat der II. Zivilsenat bisher keine Gelegenheit gehabt, zu dieser Frage endgültig Stellung nehmen zu müssen.

Als Ergebnis ist also zu verzeichnen, daß der I. Zivilsenat des Reichsgerichts die Anwendung der §§ 459 ff. auf Sachmängel der sachlichen Grundlage von Gesellschaftsanteilen ablehnt, während der II. Zivilsenat diese Ansicht — ohne sich endgültig zu entscheiden[49]) — für zumindest bedenklich hält.

Wie steht nun das Schrifttum zu dieser Frage?

Düringer[50]) vertritt die Ansicht, daß § 437 und nur § 437 auch auf solche Mängel Anwendung finde, die den wirtschaftlichen Wert des gekauften Rechts beeinträchtigen. Diese Folgerung müsse aus dem Wortlaut des § 437 gezogen werden. Denn hiernach hafte der Verkäufer nicht für das „Bestehen", sondern für den „Bestand" des verkauften Rechts. „Bestand" sei ein qualifiziertes Bestehen. Der Verkäufer hafte zwar nicht ohne weiteres für die Bonität (§ 438), wohl aber dafür, daß das Recht in dem zugesagten Umfang bestehe; er hafte für den zugesagten Bestand, also nach § 437. Diese Auffassung hat in der Rechtslehre nirgends Zustimmung gefunden[51]). Sie ist m. E. deshalb abzulehnen, weil sie die absichtlich klare Grenze zwischen den §§ 437 und 438, also der Haftung für die Verität und die Bonität des verkauften Rechts, in unzulässiger und — wie wir sehen werden — auch unnötiger Weise verwischt. Rechtlicher Bestand heißt rechtliches Bestehen, und da die fraglichen Mängel der sachlichen Grundlage des verkauften Rechts aus dem Papier den „rechtlichen" Bestand dieses Rechts völlig unberührt lassen, entfällt eine Haftung nach § 437 von vornherein. Es kann also nur noch fraglich sein, ob eine Haftung auf Grund der §§ 459 ff. anzuerkennen ist.

Die herrschende Meinung lehnt sowohl die Anwendung des § 437 als auch die der §§ 459 ff. ab[52]).

Demgegenüber spricht sich Pelkmann[53]) für eine Anwendbarkeit der §§ 459 ff. aus. Er unterscheidet den wirtschaftlichen Zweck

---

49) vgl. freilich RG in JW 30, 3740, wo es sich aber um den Verkauf sämtlicher Anteile handelte und der Fall des Verkaufs einzelner Anteile nur nebenbei erwähnt wurde (s. oben Fußnote 39).

50) DJZ 05, 376, vgl. auch LZ 18, 79 ff.

51) Düringer-Hachenburg S. 63, Oertmann § 437, 4, Abs. 5, S. 544, Warneyer § 437 III a. E., S. 835, Pelkmann LZ 17, 1119, Hagens DJZ 05, 666, Neukamp in Holdheim 05, 5.

52) Staudinger § 437 II 1 b, S. 61, Planck § 437 2 b, S. 662, Oertmann § 437 4, Abs. 5 a. E., S. 544, Heim § 11, insbesondere S. 33 und 40.

53) LZ 17, 1119.

eines Rechtskaufes (Beteiligung an der Verwertung von Sachen, z. B. von Erzlagern) und die rechtliche Durchführungsform, die diesen gewollten Erfolg vermitteln soll (Kauf von Aktien, also Rechten). Der Kauf von Aktien r e c h t e n sei hier juristisches Hilfsmittel zum Zweck der Begründung einer Teilnahme an der Ausbeutung von S a c h e n. Dieser wirtschaftliche Zweck, der „stoffliche Inhalt" des Rechtskaufes, sei entscheidend. Er gewinne gewissermaßen greifbare Gestalt. Bei Mängeln der Sachen, die den Gegenstand dieses stofflichen Inhalts bilden, müsse § 459 Anwendung finden. Werde dagegen der rechtliche Inhalt des Rechtskaufs durch Mängel beeinflußt, z. B. dadurch, daß das Papier gefälscht ist, also überhaupt kein Recht verkörpert und daher ungeeignet ist, dem Käufer rechtlich zu dem wirtschaftlichen Erfolg zu verhelfen, so komme § 437 zur Anwendung.

Für eine Anwendung der §§ 459 ff. tritt auch Heck[54]) ein, freilich mit anderer Begründung: Der Kauf eines Gesellschaftsanteils sei mit dem gewöhnlichen Sachkauf durch Zwischenglieder verbunden, vor allem durch den Verkauf von Eigentumsquoten beim Miteigentum nach Bruchteilen. Im allgemeinen werde nicht daran gezweifelt, daß bei der Veräußerung von Miteigentumsquoten die Vorschriften der §§ 459 ff. Anwendung finden können. Die Interessenlage sei aber beim Kauf von Gesellschaftsanteilen die gleiche wie beim Kauf von Miteigentumsquoten. Auch der Verkauf von Gesellschaftsanteilen sollte daher, soweit Sachen in den Vordergrund treten, als Rechtskauf zur Sachbeschaffung behandelt werden. Es komme nicht darauf an, ob alle Anteile von einem Inhaber an einen Erwerber verkauft werden, entscheidend sei vielmehr die Bedeutung, die die Sache für den Wert des Gesellschaftsanteils hat[55]).

Die Lehre Pelkmanns von der entscheidenden Bedeutung des wirtschaftlichen Zwecks eines Rechtskaufs und der sich hieraus ergebenden Notwendigkeit einer Anwendung der §§ 459 ff. auch auf andere Rechtskäufe als den eigentlichen Eigentumskauf, ist grundsätzlich zu bejahen, und sie ist ja auch für die bisherigen Analogieschlüsse letzten Endes ausschlaggebend gewesen. Aber sie gilt eben nur grundsätzlich und darf deshalb nicht dazu verführen, daß die Sachmängelhaftung auch auf solche Rechtskäufe erstreckt wird, mit deren Wesen sie nicht vereinbar ist. Dies könnte beim Aktienkauf, soweit es sich um nach § 459, Abs. 1 zu vertretende Mängel handelt, wenn also keine Zusicherungen gemacht worden sind, deshalb für zutreffend erachtet werden, weil dem Kauf einzelner Wertpapiere ein wesentlich spekulativer Charakter anhaftet. Käufer und

54) § 91, 7 c, S. 287.

55) für eine Anwendung der §§ 459 ff. auch Neukamp in Holdheim 05, 5 und Hagens DJZ 05, 666.

Verkäufer stehen zu dem von der Gesellschaft betriebenen Unternehmen meistens nur in einem losen Verhältnis. Sie haben auf die Führung dieses Unternehmens praktisch keinen entscheidenden Einfluß und wissen in der Regel auch nicht, ob es sich um einen rentablen Betrieb handelt. Auch eine veröffentlichte Bilanz bietet nicht immer ein untrügliches Bild von der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens.

Indessen: es steht hier zunächst nur der Kauf von Anteilen an Grundstücks- und Bergwerksgesellschaften zur Diskussion, also solchen Gesellschaften, bei denen S a c h e n im Vordergrund stehen. Es handelt sich nicht um die Frage, ob der Verkäufer eines einzelnen Gesellschaftsanteils, insbesondere einer Aktie, schlechthin für die Wirtschaftlichkeit dieses Kaufgegenstandes von Gesetzes wegen (§§ 459 ff.) einzustehen hat. In dieser Allgemeinheit muß die Frage mit Rücksicht auf den Spekulationscharakter von Aktienkäufen verneint werden. Es wäre unbillig, sollte sich der Käufer mit Hilfe der §§ 459 ff. jenes Risikos entledigen können, daß er hinsichtlich der Rentabilität der Aktie bewußt auf sich genommen hat, soweit sie durch Angebot und Nachfrage, Führung des Unternehmens und dergleichen mehr bedingt ist. Hier ist vielmehr von wirklichen Sachmängeln die Rede, die freilich nicht dem Wertpapier als solchem anhaften, sondern der sachlichen Grundlage des Gesellschaftsanteils, nämlich dem Grundstück. Haftet der Verkäufer, wenn auch nicht für die unberechenbaren Voraussetzungen der Rentabilität des Unternehmens und damit des einzelnen Gesellschaftsanteils, so doch wenigstens für Sachmängel ihres konkreten sachlich-wirtschaftlichen Substrats?

Hierzu ist zu sagen, daß die Interessenlage beim Kauf von Anteilen an Grundstücks- oder Bergwerksgesellschaften — wie Heck (a. a. O.) mit Recht betont — zumindest eine ähnliche wie beim eigentlichen Eigentumskauf ist. In beiden Fällen bezweckt der Käufer, Verfügungsmacht über Sachen zu erlangen. Der Unterschied besteht lediglich im Umfang: Während der Käufer beim gewöhnlichen Sachkauf die alleinige und unbeschränkte Verfügungsmacht über die gekaufte Sache erwirbt, erwirbt er beim Kauf von Anteilen an Grundstücks- oder Bergwerksgesellschaften nur einen Anteil an der Verfügungsmacht über das Gesellschaftsvermögen, nämlich über das Grundstück bzw. das Bergwerk. Dieser Unterschied ist nicht geeignet, einen Unterschied in der Anwendung der Vorschriften über die Sachmängelhaftung zu rechtfertigen. Auch hier zeigt es sich wieder, daß die Beschränkung der Haftung für Sachmängel auf den Kauf von Eigentum mehr willkürlich als innerlich begründet ist. Wie beim Eigentumskauf der Erwerb des Rechtes „Eigentum" nicht Endzweck ist, sondern nur Mittel zu dem Zweck, die Herrschaft über eine S a c h e zu erlangen, so wird auch mit dem

Kauf jener Anteilsrechte letzten Endes eine Teilnahme an der Verwertung von Sachen bezweckt. Eigentlicher Gegenstand des Kaufes ist in beiden Fällen nicht das Eigentum und nicht das Anteilsrecht, sondern die Sache. Wird diese Sache durch Mängel im Sinne des § 459 erheblich oder völlig entwertet, so ist kein zwingender Grund ersichtlich, aus dem heraus zwar der Verkäufer des Eigentums, nicht aber der Verkäufer der Anteilsrechte gemäß den Vorschriften über die Sachmängelhaftung für diese Mängel einstehen soll.

Daß der Verkäufer der Anteilsrechte mit dem Unternehmen sonst in keinerlei Zusammenhang zu stehen braucht, besagt nichts. Denn auch beim gewöhnlichen Eigentumskauf haftet der Verkäufer z. B. selbst dann, wenn der Lieferant des Verkäufers die von diesem verkaufte Ware unmittelbar an den Käufer liefert.

Auch die kurzen Verjährungsfristen des § 477 können die Berechtigung des Ergebnisses nicht in Zweifel ziehen. Während sie bei arglistigem Verschweigen (§ 463, Satz 2) ohnehin entfallen (§ 477, Abs. 1, Satz 1), dürften sie in den übrigen Fällen ausreichen, zumal da es sich meistens um Grundstücksmängel handeln und deshalb die Frist von einem Jahr gegeben sein wird.

Zusammenfassend sei nochmals festgestellt, daß auch beim Kauf einzelner Gesellschaftsanteile im Falle von Mängeln der sachlichen Grundlage die §§ 459 ff. grundsätzlich entsprechende Anwendung finden.

5. Der Kauf von Urheber- und Erfinderrechten.

Kohler[56]) bejaht sogar eine Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf den Erfindungskauf. Die unkörperliche Erfindung sei einer beweglichen Sache gleichzustellen. Er gibt jedoch lediglich eine Beweisführung dafür, daß, wenn man die Sacheigenschaft der Erfindung unterstellt, nur von einer beweglichen Sache gesprochen werden könne. Es fehlt dagegen eine Begründung für iene These, daß die Erfindung überhaupt wie eine Sache zu behandeln sei.

Es ist hier die Frage, ob der Verkäufer eines Patentes oder eines anderen Schutzrechtes dafür haftet, daß die Erfindung sich in der Praxis bewährt und ihre Ausbeutung den erhofften Gewinn bringt, ob er mit andern Worten für ihre Brauchbarkeit und Rentabilität einzustehen hat. Diese Frage haben im Gegensatz zu Kohler das Kammergericht[57]) und auch das Reichsgericht[58]) verneint. „Der Kauf eines Patentes ist im allgemeinen ein gewagtes Geschäft, der

56) S. 180.
57) in einer Entscheidung vom 13. 3. 1907, LZ 07, 519 f.
58) in einer Entscheidung vom 7. 12. 1907, LZ 08, 162, und in einer Entscheidung vom 10. 6. 1911 RGWarn. 11, No. 396, S. 441.

Käufer kann in der Regel den Verkäufer nicht auf Gewährleistung in Anspruch nehmen, wenn sich die Erfindung als nicht brauchbar oder als nicht nutzbringend verwertbar herausstellt[59]). Auch Riezler[60]) betont, hinsichtlich des Erfinder- und Urheberrechts, daß, wenn nichts anderes vereinbart ist, grundsätzlich nicht für den wirtschaftlichen Wert, also nicht für die Rentabilität der Erfindung und nicht für den guten Absatz des Werkes, gehaftet werde. Freilich hält er eine analoge Anwendung des § 459 insoweit für zulässig und geboten, als bestimmte Eigenschaften zugesichert sind. Er begründet diesen Standpunkt mit der weiten Auslegung des Eigenschaftsbegriffs durch das Reichsgericht. Wenn zu den Eigenschaften im Sinne des § 459, Abs. 2 auch die wertbildenden Faktoren, z. B. die gewerbliche Verwendbarkeit, zu rechnen seien[61]), so müsse diese Auffassung folgerichtig auch da gelten, wo es sich nicht um Sachen, sondern um unkörperliche Gegenstände handele. Hierzu ist zu bemerken, daß zwar sowohl Sachen als auch Rechte eine Eigenschaft wie die gewerbliche Verwendbarkeit haben können. Riezler übersieht aber, daß § 459, Abs. 2 auf den Verkauf von Rechten nur insoweit anwendbar ist, als dieses Recht infolge des Fehlens zugesicherter Eigenschaften von Sachen entwertet wird (z. B. der Wert einer Hypothek infolge des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft des belasteten Grundstücks[62]). Eine Beeinträchtigung des Wertes von Urheber- und Erfinderrechten durch Sachmängel ist indes unmöglich. Aus diesem Grunde ist im Ergebnis der Rechtsprechung des Reichsgerichts beizupflichten: Eine analoge Anwendbarkeit der §§ 459 ff. ist hier ausgeschlossen, für den Fall von Zusicherungen gelten die allgemeinen Bestimmungen.

6. Ergebnis.

Das vorläufige Ergebnis ist also folgendes: Die §§ 459 ff. sind grundsätzlich auf alle Käufe solcher Rechte anwendbar, die durch Sachmängel entwertet werden können (Sachenrechte, Mitgliedschaftsrechte, aber nicht Urheber- und Erfinderrechte).

---

59) RG. Warn. 11, 442.
60) § 20 III, S. 96.
61) RG 61, 84 ff.
62) vgl. oben S. 24 f.

IV. Die Anwendung der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte.

1. Der Kauf von Handelsgeschäften und dgl.

Nachdem die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf andere Gegenstände als Sachen bisher insoweit geprüft worden ist, als es sich um Rechte handelt, soll im folgenden solcher Gegenstände gedacht werden, die weder Sachen noch Rechte sind. In erster Linie kommt hier der Kauf von Handelsgeschäften in Betracht.

§ 433 nennt als Gegenstände von Kaufverträgen lediglich Sachen und Rechte. Das Handelsgeschäft ist weder ein Recht noch in der Regel eine Sache bzw. Sachgesamtheit. Infolgedessen kommt § 433 unmittelbar nicht in Frage. Andererseits zeugt die Entstehungsgeschichte des § 433 dafür, daß seine Beschränkung auf Sachen und Rechte mehr aus gesetzestechnischen als aus inneren Gründen stattgefunden hat[1]). So steht denn auch das Reichsgericht im Einklang mit der herrschenden Lehre auf dem Standpunkt, daß auch andere Gegenstände als Sachen und Rechte, insbesondere Handelsgeschäfte, Objekt eines Kaufvertrages sein können[1]). Demnach findet § 433, wenn auch nicht unmittelbar, so doch analog Anwendung.

Ist dies aber der Fall, so liegt es auf der Hand, daß auch die kaufrechtlichen Haftungsbestimmungen auf solche „Gegenstandskäufe" entsprechend anwendbar sind. Denn die §§ 434 ff. und 459 ff. beziehen sich auf alle Kaufverträge im Sinne des § 433.

Am 13. 3. 1906 hatte das Reichsgericht[2]) über folgenden Fall zu urteilen: Der Kläger hatte von dem Beklagten ein Fisch- und Delikatessengeschäft zum Preise von Mk. 1 500.— gekauft. Gegenstand des von den Parteien als „Kauf" bezeichneten Rechtsgeschäfts war die Ueberlassung des Handelsgewerbes mit Kundschaft, sowie die Uebertragung der Ladeneinrichtung nebst Warenvorräten. Der wesentliche Teil des Rechtsgeschäfts war die Ueberlassung des Handelsgewerbes. Der Wert der Ladeneinrichtung und der Warenvorräte war unbedeutend. Der Verkäufer hatte dem Käufer zugesichert, daß das verkaufte Handelsgewerbe bis zum Kaufabschluß einen wöchentlichen Reingewinn von etwa Mk. 100.— abgeworfen hätte. Der Käufer klagte auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 463, weil dem verkauften Geschäft die zugesicherte Eigenschaft eines bestimmten Reingewinnes in der Vergangenheit gefehlt habe.

Nachdem das Reichsgericht ausgeführt hat, daß und weshalb auch ein Handelsgewerbe als Gegenstand, der weder eine Sache noch ein Recht darstellt, Objekt eines Kaufvertrages sein könne, prüft es

1) vgl. oben S. 7 f.
2) 63, 57 ff.

die Frage, ob auf jene Zusicherung § 463 und demzufolge auch die kurzen Verjährungsfristen des § 477 anwendbar seien. Hierzu erklärt das Reichsgericht, daß die Verfasser des BGB sich einer starken Rechtsentwicklung gegenüber fanden, wonach die Grundsätze des römischen Rechts über die Gewährleistung für Mängel körperlicher Sachen auf alle Mängel und Zusicherungen von Eigenschaften anderer Kaufgegenstände als Sachen auszudehnen seien, soweit jene Mängel oder das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft nicht Rechtsmängel im engeren Sinne wären. Das Reichsgericht stellt fest, daß das BGB demgegenüber die Gewährleistung für Sachmängel auf den Kauf körperlicher Gegenstände beschränkt habe. Daher seien die §§ 459 ff. weder auf verkaufte Rechte direkt anwendbar, noch könne die Zulassung einer entsprechenden Anwendung der Kaufregeln auf die entgeltliche Veräußerung anderer Lebensgüter als Sachen und Rechte unmittelbar dazu führen, auf eine derartige Veräußerung die §§ 459 ff. ohne weiteres anzuwenden. Andererseits hätten die §§ 459 ff. in ihrer Beschränkung auf Sachen keine derart ausschließliche Tragweite, daß nicht auch sie — ganz oder zum Teil — auf einen „Kauf" solcher Güter, die nicht körperliche Sachen, aber auch keine Rechte sind, analog angewendet werden könnten. Vielmehr sei bei jedem einzelnen Gut dieser Art zu prüfen, ob und in welchem Umfang den Verkäufer die Verpflichtung zur Gewährleistung für dessen Mängel im Rahmen der §§ 459 ff. treffe. Daran, daß es sich im gegebenen Fall um die Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 459, Abs. 2 handele, könne kein Zweifel sein:

„Danach hat sich durch diese Zusicherung der „Verkäufer" des Handelsgeschäfts, gleich dem Verkäufer einer individuell bestimmten Sache, der das Vorhandensein einer Eigenschaft dieser Sache zugesichert hat, verpflichtet, für den Fall, daß die zugesicherte Eigenschaft nicht vorhanden war, dem Käufer dafür Gewähr zu leisten. Verkehrsanschauung und Verkehrsbedürfnis verlangen aber, auf den Inhalt dieser Gewährleistung die Bestimmungen der §§ 459, Abs. 2, 463, 477 BGB über die an die Zusicherung einer Eigenschaft beim Verkauf einer körperlichen Sache geknüpften Gewährleistungsansprüche analog anzuwenden."

Gegen diese Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich insbesondere Düringer-Hachenburg[3]) gewandt. Er beruft sich hauptsächlich auf die im § 90 enthaltene Definition des Sachbegriffs. Aus ihr schließt er, daß die Gewährleistungsvorschriften auf andere Objekte als Sachen nicht anwendbar seien. Insbesondere bei der Veräußerung eines geschäftlichen Unternehmens, eines Handelsgeschäftes hätten sie keine Geltung. Die Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auf solche Käufe würde zu bedenklichen Folgen führen.

3) S. 160 ff.

Vor allem passe die kurze Verjährungsfrist des § 477 nur für körperliche Sachen im eigentlichen Sinne, denn nur bei ihnen sei eine alsbaldige Prüfung und Entdeckung von Mängeln überhaupt möglich. Demgegenüber könne der Käufer eines Handelsgeschäfts regelmäßig erst nach längerer Zeit, z. B. einem Bilanzjahr, mindestens aber einem Halbjahr, merken, daß das Geschäft die Eigenschaften nicht hat, die ihm zukommen sollen[4]). Meist dürfte es sich um Zusicherungen handeln. Für deren Richtigkeit hafte der Verkäufer nach allgemeinen Grundsätzen. Er habe Schadensersatz zu leisten und zwar das positive Erfüllungsinteresse zu ersetzen. Auch die Einräumung eines Rücktrittsrechts zugunsten des Käufers werde nach Treu und Glauben in der Zusicherung enthalten sein. Fehle es an einer vertraglichen Bindung des Verkäufers, so könne immer noch eine Haftung aus Verschulden beim Vertragsschluß gegeben sein. An anderer Stelle[5]) bringt Düringer-Hachenburg noch Zweifel darüber zum Ausdruck, daß sich über die juristische Beurteilung dieses Falles tatsächlich jene Verkehrsauffassung gebildet hat, auf die sich das Reichsgericht beruft.

Zu einer Ablehnung gelangt auch Heck[6]). Die Haftung für zugesicherte Eigenschaften ergäbe sich schon daraus, daß dieser Grundsatz überhaupt nicht auf den Kauf zu beschränken sei. Im übrigen wäre die Anwendung der raschen Verjährung bedenklich. Sie werde getragen durch die Möglichkeit der Prüfung auf Sachmängel, die der Sachbesitz dem Käufer gewähre. Diese Möglichkeit sei bei der Veräußerung von Handelsgeschäften nur in viel geringerem Maße gegeben. Deshalb gelange man zu besseren Ergebnissen, wenn man nicht das Kaufrecht anwende, sondern die Haftung unmittelbar auf die allgemeine Zulässigkeit von Garantieverträgen zurückführe.

Demgegenüber wird die Anwendbarkeit der Sachmängelhaftung auf solche Mängel von der herrschenden Lehre in Uebereinstimmung mit dem Reichsgericht[7]) grundsätzlich anerkannt[8]). Nur hinsichtlich der Verjährungsfristen des § 477 bestehen erhebliche Meinungsverschiedenheiten. Staub[9]) schließt sich der Auffassung des Reichsgerichts an: „Auf die Veräußerung eines Handelsgeschäfts findet gleichfalls die kurze Verjährung Anwendung". Härten, die sich hierbei ergeben, könnten nur durch Auslegung des Parteiwillens über den Beginn oder die Verlängerung der Verjährungsfrist vermieden werden. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte würden oft zu einer dahingehenden Auslegung führen, daß die Verjährung erst mit dem Zeitpunkt der Endeckung des Man-

4) vgl. hierzu auch Düringer in LZ 07, 131.
5) Band I § 25, Anm. 14, S. 326.
6) § 91, 11, S. 287 ff.
7) 63, 57; 67, 86; 69, 429; 98, 289; 100, 200.

gels beginnen solle. Außerdem müsse verständig ermittelt werden, was als Eigenschaft des Handelsgeschäfts und was als Garantiezusage anzusehen ist. Letztere würde die dreißigjährige Verjährungsfrist eröffnen. Auch Staudinger[10]) betont, daß, wenn man die Gewährleistungsvorschriften auf andere als körperliche Gegenstände, z. B. auf die Veräußerung eines ganzen Handelsgeschäfts, erstrecke, es nur folgerichtig sei, auch § 477 zur Anwendung zu bringen. Im übrigen beschränkt er sich darauf, die Gesichtspunkte Staubs zu unterstreichen. Oertmann[11]) stellt die Frage: „Gilt die kurze Verjährung auch beim Verkauf anderer Gegenstände als Sachen?", ohne sie zu beantworten. Er begnügt sich hier mit der Feststellung, daß diese Frage noch einer weiteren Nachprüfung bedarf. Indes scheint aus einer anderen Stelle[12]) hervorzugehen, daß er § 477 auch auf den Kauf von Handelsgeschäften grundsätzlich für anwendbar hält, freilich hinsichtlich des Beginns der Frist eine bedeutsame Einschränkung gelten lassen will. Er führt aus, daß, wenn die Rentabilität von geschäftlichen Unternehmungen zugesichert sei, der Mangel nach der Natur der Sache und der Verkehrsauffassung nicht schon in einer augenblicklichen Absatzstockung oder Verdienstlosigkeit liege, sondern regelmäßig erst im durchschnittlichen Versagen innerhalb einer längeren, meist einjährigen Betriebsperiode. Erst wenn sich deren Ergebnis überblicken lasse, könne daher auch sinngemäß die Verjährung beginnen. Pisko[13]) vertritt den Standpunkt, daß die längere, für Grundstücke geltende einjährige Verjährungsfrist entsprechend anzuwenden sei. Denn die wirtschaftlichen Gründe, die zur Festsetzung einer längeren Frist für unbewegliche Sachen geführt haben, träfen auch für das Unternehmen zu. Demgegenüber erklärt Lehmann[14]), der im übrigen die Gewährleistungvorschriften für anwendbar hält, daß die kurzen Verjährungsfristen des § 477 auf die Unternehmensveräußerung „nicht passen dürften", und zwar deshalb, weil die Möglichkeit der Sachprüfung, die der Besitz der Sache gewährt und die den Grund der kurzen Verjährung bildet, hier kaum in dem gleichen Maße gege-

---

8) Planck § 459 1 a, letzter Abs. S. 694, Lehmann § 108 IV 1 S. 392, Oertmann § 459 1 b, vorletzter Abs., S. 590, Staudinger § 459 I a, S. 127, RGR-Kom. § 459 1, S. 61, Pisko in Ehrenbergs Handbuch II 223, Jsay S. 153, Staub § 377, 5, S. 109.

9) § 377, Anm. 136 a, S. 377.

10) § 477, 2 m, S. 205.

11) § 477, 5 e, S. 642.

12) § 477 2 d, S. 639.

13) Ehrenbergs Handbuch II, 223.

14) § 109 IV 1, S. 392.

ben sei[15]). Wie Lehmann steht auch Isay[16]) auf dem Standpunkt, „daß zwar grundsätzlich die Kaufregeln, d. h. die §§ 459 ff. zur Anwendung gelangen, daß jedoch gewisse Modifikationen erforderlich sind". So sei die halbjährige Verjährungsfrist „zweifellos unanwendbar". Denn einmal wäre es bedenklich, das Unternehmen als einen beweglichen Gegenstand anzusehen und andererseits träten die Mängel des Unternehmens in der Regel erst viel später in Erscheinung. Die Unrichtigkeit von Angaben über die Rentabilität könne sich frühestens nach Aufstellung der ersten Jahresbilanz herausstellen. Hinsichtlich der Frist von einem Jahr träfen zwar die Erwägungen Piskos an sich zu, dennoch aber sei es letzten Endes „überhaupt unrichtig, eine kurze Verjährungsfrist ... anzunehmen". Auch Danz[17]) stimmt dem Reichsgericht grundsätzlich zu, lehnt aber die Anwendung des § 477 ab. Hier müsse der Richter eine für den konkreten Fall nach der Verkehrsübung angemessene Frist einsetzen. Aehnlich argumentiert Planck[18]): Für ein Gut wie das Handelsgeschäft sei die Frist des § 477 vielfach zu kurz. Das Gesetz unterscheide zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen und gebe damit selbst einen Fingerzeig, daß nicht alle Fälle gleichmäßig behandelt werden können. Man müsse es dem Richter überlassen, die hier bestehende Lücke auszufüllen.

Aus all dem ergibt sich, daß § 477 nicht nur zum Anlaß genommen wird, um die §§ 459 ff. auf den Verkauf von Handelsgeschäften überhaupt für unanwendbar zu erklären (Düringer-Hachenburg, Heck), sondern daß § 477 auch den Vertretern der herrschenden Lehre, die gegen eine entsprechende Anwendung der Gewährleistungsvorschriften insoweit grundsätzlich keine Bedenken hat, große Schwierigkeiten bereitet. Darum sei zur Frage der Anwendbarkeit des § 477 vorweg Stellung genommen.

Es hat sich gezeigt, daß die rasche Verjährung hier vielfach deshalb abgelehnt wird, weil die Verkürzung der Verjährungsfristen in § 477 durch eine erleichterte Prüfbarkeit gerechtfertigt werde, diese Prüfbarkeit aber bei Handelsgeschäften bei weitem nicht in dem Umfang gegeben sei wie bei Sachen im eigentlichen Sinne (Düringer-Hachenburg, Heck, Lehmann). Es ist indessen darauf hinzuweisen, daß die durch den Sachbesitz gegebene Möglichkeit einer alsbaldigen Prüfung der gekauften Sache für die Verkürzung der Verjährungsfristen zwar mitbestimmend, aber nicht ausschlaggebend gewesen ist; denn die Verjährung kann abgelaufen sein, bevor ein

15) Insoweit stimmt Lehmann mit Heck überein, der allerdings aus diesem Grunde im Gegensatz zu Lehmann die analoge Anwendung der 459 ff. überhaupt ablehnt.
16) S. 153 ff.
17) Jher. Jahrb. 54, 70.
18) § 477 1 b, letzter Abs., S. 729.

sorgfältiger Prüfer den Mangel entdeckt. Entscheidend war vielmehr m. E. die Notwendigkeit einer Förderung der Verkehrssicherheit, mit der ein längeres Zuwartenmüssen vonseiten des Verkäufers nicht vereinbar wäre. Dieser Gesichtspunkt muß auch beim Verkauf von Handelsgeschäften entscheidend sein. Auch hier wird sich nach längerer Zeit als einem halben Jahr oft nicht mehr ermitteln lassen, ob es sich um einen Mangel handelt, der schon zur Zeit des Geschäftsüberganges bestanden hat, also vom Verkäufer zu vertreten ist, oder ob das Geschäft durch das Verhalten des Käufers heruntergewirtschaftet wurde[19]). Zu dem Einwand, daß der Käufer in sechs Monaten regelmäßig noch keinen Ueberblick über das Geschäft gewinnen könne, wäre zu sagen, daß Käufer von Handelsgeschäften meist Kaufleute sind, die auf Grund ihrer Fachkenntnisse sehr wohl in der Lage sein dürften, nach einem Zeitraum von einem halben Jahr abschließend zu beurteilen, ob sich das gekaufte Geschäft rentiert oder nicht. Wer die hierzu erforderlichen fachlichen und kaufmännischen Vorkenntnisse nicht besitzt, verdient keinen Schutz. Dieser alte Grundsatz des Handelsrechts findet gerade heute dadurch besondere Anerkennung, daß die Eröffnung oder die Uebernahme von Handelsgeschäften durch solche Personen, die das betreffende Fach nicht erlernt haben, von dem Bestehen einer scharfen Prüfung vor einer Kommission der Handelskammer abhängig gemacht wird. Im übrigen darf nicht vergessen werden, daß die kurzen Verjährungsfristen auch beim gewöhnlichen Sachkauf zu harten Unbilligkeiten führen können. Diese Möglichkeit muß eben als das kleinere Uebel im Interesse der wichtigeren Verkehrssicherheit in Kauf genommen werden. Ueberdies ist es ja den Parteien freigestellt, längere Verjährungsfristen nach Gutdünken zu vereinbaren[19]).

Etwas anders liegt es bei Saisongeschäften, für den Fall, daß sie außerhalb der Saison gekauft werden und es sich um Mängel handelt, die — wie z. B. die mangelnde Rentabilität — nur im Laufe der Saison entdeckt werden können. In solchem Falle wird man stillschweigende Vereinbarung einer Garantiefrist anzunehmen haben. Aehnliches gilt auch, falls der Kauf zwar innerhalb der Saisonzeit stattfindet, die Saison aber vor Ablauf der Verjährungsfrist endet.

Demnach ist der Ansicht des Reichsgerichts, welches auch für den Kauf von Handelsgeschäften — ebenso wie Staub und Staudinger (a. a. O.) — die halbjährige Verjährungsfrist des § 477 ganz allgemein für angemessen erklärt, zuzustimmen.

---

19) vgl. RG 98, 292.

Es bleibt nun noch die Frage zu prüfen, ob die §§ 459 ff. überhaupt auch auf solche Mängel anwendbar sind, die unmittelbar dem Handelsgeschäft als Ganzem anhaften.

§ 437 kommt hier von vornherein nicht in Betracht. Denn die zur Erörterung stehenden unmittelbaren Mängel des Handelsgeschäfts selbst, z. B. die mangelnde Rentabilität, haben weder auf den rechtlichen Bestand des Handelsgeschäfts als Ganzen noch auf den rechtlichen Bestand einzelner Teile des Handelsgeschäfts irgendwelchen Einfluß. Eine durch § 437 vermittelte (§ 440) Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des BGB scheidet also aus. Demnach gibt es nur zwei Möglichkeiten: entweder die unmittelbare Anwendung des allgemeinen Rechts oder aber die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften (§§ 459 ff.).

Daß die letztere Lösung für den Käufer bedeutend günstiger wäre, als die Verweisung auf die allgemeinen Regeln über gegenseitige Verträge, ist bereits im Teil II dieser Arbeit gezeigt worden. Es fragt sich nur, ob auch bei Kaufgegenständen der hier besprochenen Art die Anwendung der §§ 459 ff. theoretisch zulässig und vor allem praktisch vertretbar ist.

Wenn ein Teil des Schrifttums die Anwendung der Sachmängelhaftung schon deshalb glaubt ablehnen zu müssen, weil das Handelsgeschäft als solches keine „Sache", d. h. im Sinne des § 90 kein „körperlicher Gegenstand" sei, so muß diese Beweisführung als zu formalistisch zurückgewiesen werden. Gewiß: Man kann das Handelsgeschäft de lege lata nicht als „Sache" bezeichnen; es stellt eine wirtschaftliche Einheit dar, die rechtlich in der Regel aus einer Summe von Rechten und Sachen besteht und deshalb mit dem allgemeinen Ausdruck „Gegenstand" belegt sein mag. Ob de lege ferenda die völlige „Anerkennung des Unternehmens als einer Sache im Rechtssinn" erstrebenswert ist[20]), braucht hier, wo es sich lediglich um die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. handelt, nicht näher geprüft zu werden. Denn wenn bereits in den Materialien zum BGB darauf hingewiesen wird[21]), daß § 433 trotz der Beschränkung seines Wortlauts auf „Sachen" und „Rechte" andere Gegenstände keineswegs als mögliche Kaufobjekte ausschließen soll, so ist daraus zu folgern, daß auch die Haftungsbestimmungen, und von diesen gerade die typisch kaufrechtlichen Gewährleistungsvorschriften, einer analogen Anwendung auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte durchaus nicht etwa grundsätzlich unfähig sind. Mit Recht betont indes das Reichsgericht[22]), daß eine hemmungslose Ausdehnung des Geltungsbereichs der §§ 459 ff. verwerflich sei, daß man

20) Oppikofer 137, vgl. auch Neukamp MfH 05, 1 ff.
21) Prot. II, 51.
22) 63, 57 ff.

vielmehr bei jedem einzelnen dieser andersartigen Rechtsgüter prüfen müsse, ob und in welchem Umfang eine Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung im Rahmen der §§ 459 ff. angemessen erscheint. Ausgegangen werden muß hierbei von dem Grundgedanken der Sachmängelhaftung, „dem Käufer beim Vorhandensein heimlicher Mängel Schutz zu gewähren"[23]). Diesen Schutz aber darf auch der Käufer eines Handelsgeschäfts für sich in Anspruch nehmen. Die Interessenlage ist hier die gleiche wie beim Eigentumskauf. In beiden Fällen handelt es sich um wichtige und häufige Gegenstände des Wirtschaftsverkehrs. Die eine Zweckbestimmung der §§ 459 ff., „den durch einen verborgenen Mangel des Kaufgegenstandes geschaffenen Interessenkonflikt zwischen Käufer und Verkäufer durch positive Bestimmungen zu lösen"[24]), ist beim Kauf eines Handelsgeschäfts nicht weniger bedeutungsvoll als beim Kauf einer einfachen „Sache". Auch hier ist die klare Sonderregelung der §§ 459 ff. einer Anwendung allgemeiner, also nicht auf einen bestimmten Vertragstyp zugeschnittener Bestimmungen, die nur zu leicht zu einer gewissen Rechts- und damit Verkehrsunsicherheit führen können, unbedingt vorzuziehen. Man wird daher mit der herrschenden Lehre und der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts die analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auch in Ansehung unmittelbarer Mängel des Handelsgeschäfts als Ganzen grundsätzlich für zulässig und geboten erklären müssen.

Es bedarf aber noch einiger Ausführungen hinsichtlich der Rentabilität eines Handelsgeschäfts im besonderen. Der Käufer wird häufig voraussetzen, daß das Geschäft gut eingeführt sei, einen ansehnlichen Kundenstamm habe, kurz: sich rentiere. Es erhebt sich die Frage, ob der Verkäufer hierfür auf Grund der §§ 459 ff. haftet. Zunächst ist festzustellen, daß die Rentabilität eine „Eigenschaft" des Handelsgeschäfts darstellt. Denn hierzu zählen nicht nur die sinnlich wahrnehmbaren, körperlichen Eigenschaften, sondern auch die sogenannten wertbildenden Faktoren, d. h. die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, die nach der Verkehrsauffassung die Wertschätzung des Kaufgegenstandes zu beeinflussen pflegen[25]). Hierunter ist zweifellos auch die Rentabilität zu rechnen. Es würde aber zu weit führen, wollte man den Verkäufer für die Eigenschaft Rentabilität ohne weiteres haften lassen. Denn oft kommt es dem Käufer gar nicht darauf an, ein rentables Geschäft zu kaufen. Im Gegenteil: In vielen Fällen weiß der Käufer, daß der bisherige Inhaber des gekauften Handelsgeschäfts ohne Gewinn oder gar mit

23) Lehmann § 108 IV, S. 392.
24) RG 67, 89.
25) RG 61, 84.

Verlust gearbeitet hat; er vertraut aber seinen Fähigkeiten und seinem Fleiß und hofft, daß es ihm mit der Zeit gelingen werde, den Geschäftsgang wieder rentabel zu gestalten. Man wird deshalb eine Haftung des Verkäufers nur dann verantworten können, wenn die Rentabilität zugesichert worden ist[26]). Daß diese Zusicherung ausdrücklich erfolgt, ist freilich nicht notwendig. Sie kann auch stillschweigend gegeben sein[27]). Im übrigen ist hinsichtlich der ausdrücklichen Zusicherung zu unterscheiden, ob sie sich auf die Zukunft oder auf die Vergangenheit bezieht. Sichert der Verkäufer ernstlich zu, daß sich das Geschäft in der Zukunft rentieren werde, so liegt ein Garantievertrag vor, der den Gewährleistungsvorschriften überhaupt nicht untersteht[28]). Besteht dagegen die Zusicherung darin, daß das Geschäft in einer bestimmten Zeit vor Abschluß des Vertrages einen bestimmten Umsatz oder Reingewinn gehabt habe, so haftet der Verkäufer gemäß § 459, Abs. 2 dann, wenn es sich wirklich um eine vertragliche Zusicherung und nicht etwa nur um eine allgemeine Anpreisung oder unverbindliche Erwähnung handelt.

Von dieser Besonderheit hinsichtlich der Rentabilität eines Handelsgeschäfts abgesehen, ist aber auch § 459, Abs. 1 auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte grundsätzlich analog anwendbar. Hierfür hat sich auch das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen, z. B. in einer Entscheidung vom 15. 11. 1907[29]). Hier war ein Zimmervermietungsgeschäft, ein Pensionat, Gegenstand des Kaufvertrages. Es fragte sich, ob diesem Pensionat ein Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 anhaftete, weil es — wie sich nachträglich herausstellte — „ein der Unzucht dienendes Absteigequartier" war. Das Reichsgericht führte aus, daß in der oben[30]) gewürdigten Entscheidung vom 13. 3. 1906[31]) lediglich die Frage zur Erörterung gestanden habe, ob die Sachmängelhaftung dann analog anzuwenden sei, wenn beim Kauf eines Lebensguts wie des Handelsgeschäfts eine Eigenschaft vertraglich zugesichert war. Dagegen sei in jener Entscheidung die andere Frage nicht beantwortet worden, ob beim Kauf von Handels- oder Geschäftsbetrieben die Anwendung der Sachmängelhaftung auch dann zulässig sei, wenn der verkaufte Betrieb mit Fehlern behaftet ist, die seinen Wert oder seine Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Diese Frage hat

26) RG 67, 87, Pisko in Ehrenbergs Handbuch S. 223, Fußnote 15, Oertmann § 459 4 und 5, S. 592 ff.
27) Ein Anzeichen hierfür bietet meistens schon die Höhe des Kaufpreises.
28) vgl. Oertmann § 459 5 b β, S. 597.
29) 67, 86 ff.
30) S. 43 f.
31) 63, 57.

der erkennende Senat im Gegensatz zum Berufungsrichter „bei der hier gegebenen Sachlage" bejaht. Ausdrücklich geregelt sei zwar nur die Gewährleistung wegen Mängel körperlicher Sachen. Der leitende Grundgedanke dieser Regelung sei aber der gewesen, daß „dem Käufer, wenn der Kaufgegenstand an verkehrswesentlichen Mängeln leidet, über den Rahmen der exceptio doli hinaus besonderer Schutz zu gewähren sei". Dieser rechtspolitische Gesichtspunkt dürfe nicht auf den Verkauf von Sachen beschränkt bleiben, sondern müsse grundsätzlich bei allen Gegenständen berücksichtigt werden, die Objekt eines Kaufvertrages sein können. Denn auch andere Verkehrsgegenstände wie Handelsgeschäfte und andere Geschäftsbetriebe können an verborgenen Mängeln leiden, deren Vorhandensein den gleichen Schutz verlangt, den beim Kauf körperlicher Sachen die Gewährleistungsvorschriften dem Käufer gewähren. Es wäre ein unbefriedigendes Ergebnis, wollte man den Käufer lediglich auf den Schutz des § 157 oder einer schwer zu beweisenden arglistigen Täuschung verweisen.

Auch hier betont aber das Reichsgericht, daß man bei der Entscheidung darüber, was als Mangel eines Handelsgeschäfts anzusehen ist, der die analoge Anwendung der §§ 459 ff. rechtfertigt, „zurückhaltende Mäßigung" an den Tag legen müsse. Dieser Gesichtspunkt ist m. E. in einer Entscheidung vom 20. 11. 1908 [32]) unbeachtet geblieben. Hier handelte es sich um den Verkauf eines Schlackensteinwerks nebst Kundschaft, „um den einheitlichen Verkauf eines die zugehörigen einzelnen körperlichen Sachen, Rechte und Verkehrswerte in sich schließenden Erwerbsgeschäftes mit Kundschaft". Dem Verkäufer war die Absicht des Käufers bekannt, das Schlackensteinwerk weiterzubetreiben. Nach der Uebergabe der Kaufgegenstände wurde dem Käufer von dem Inhaber eines schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestehenden Patentes der Weiterbetrieb des Schlackensteinwerks untersagt, weil jenes Betriebsverfahren gegen sein Patent verstoße. Der Käufer klagte deshalb auf Wandelung. Der Berufungsrichter hatte dahin entschieden, daß in dem Bestehen eines patentrechtlichen Untersagungsrechts kein Geschäftsmangel gesehen werden könne, der die analoge Anwendung der §§ 459 ff. rechtfertigt. Was ein Fehler im Sinne des § 459, Abs. 1 sei, bestimme sich nach der Verkehrsauffassung. „Kaufe man ein Geschäft, in dem Steine nach einem bestimmten Verfahren hergestellt würden, so entspreche es der Verkehrsauffassung, daß die Möglichkeit der Ausnutzung gerade dieses Verfahrens eine res meae facultatis sei". Solle für die Patentreinheit eines bestimmten Verfahrens Gewähr geleistet werden, so sichere sich der Verkehr durch eine besondere Vertragsabrede. Demgegenüber führte das Reichs-

32) RG 69, 429 ff.

gericht aus, daß die erwähnte Verkehrsauffassung höchstens dafür spreche, daß kein solcher Mangel vorliegt, welcher die Tauglichkeit des Geschäfts zu dem gewöhnlichen Gebrauch beeinträchtigt. Außerdem müsse aber geprüft werden, ob nicht in dem Bestehen jenes Untersagungsrechts ein solcher Fehler zu erblicken sei, welcher die Tauglichkeit des Geschäfts zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch oder dessen Wert aufhebt oder mindert, und diese Frage sei angesichts der besonderen Verhältnisse des gegebenen Falles, insbesondere des Umstandes, daß nach den Absichten der Parteien der bisherige Fabrikationsbetrieb fortgesetzt werden sollte, zu bejahen. Aus dieser Absicht müsse geschlossen werden, daß die tatsächliche und rechtliche Möglichkeit eines künftigen ungehinderten Betriebs des gekauften Geschäfts ein für dessen Wert oder den nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch wesentlicher Umstand, und infolgedessen das Bestehen des fraglichen Untersagungsrechts als ein Fehler zu behandeln sei, durch welchen der Wert und die Tauglichkeit des Geschäfts zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufgehoben oder gemindert wird.

Isay[33]) hat sich dieser Argumentation des Reichsgerichts angeschlossen: Der Käufer könne wandeln oder mindern, wenn der Betrieb eines gekauften Unternehmens gegen ein fremdes Patent verstößt und daher verboten werden kann; denn es handele sich hierbei um einen Mangel, der die Tauglichkeit des Unternehmens zu dem gewöhnlichen und vertraglich vorausgesetzten Gebrauch aufhebt. Den gegenteiligen Standpunkt vertritt Pisko[34]): „Das Unternehmen beeinträchtigende, aber nicht in dessen Betrieb selbst liegende Umstände, z. B.... ein den Betrieb hinderndes Patent, sind keine Fehler des Unternehmens im Sinne des § 459 BGB." Dieser letzteren Ansicht ist im Ergebnis der Vorzug zu geben. Ob in der Patentreinheit eine Sacheigenschaft erblickt und in dem vom Reichsgericht behandelten Fall eine stillschweigende Zusicherung der Patentreinheit unterstellt werden, also eine Haftung nach § 459, Abs. 2 in Frage kommen kann, mag hier dahingestellt bleiben. Ein Fehler im Sinne des § 459, Abs. 1 liegt m. E. nicht vor. „Die Fehler, die nicht der Sache selbst anhaften, sondern sich erst bei Hinzunahme eines außerhalb des Gegenstandes liegenden Sachverhalts, wie den Rechten Dritter, ergeben, sind nicht als Sachmängel anzusehen"[35]).

Grundsätzlich wird man — wie gesagt — mit Lehmann[36]) dahin entscheiden können, daß eine analoge Anwendung der Gewährleistungsvorschriften auf andere Gegenstände als Sachen und Rechte

33) S. 153.
34) Ehrenbergs Handbuch II, 223.
35) Warneyer § 459 II Abs. 2, S. 852.
36) § 108 IV, S. 392.

zulässig und billig ist, „soweit der Grundgedanke der §§ 459 ff., dem Käufer beim Vorhandensein heimlicher Mängel Schutz zu gewähren, zutrifft". Bedingung ist aber selbstverständlich weiter, daß die sonstigen Voraussetzungen der Sachmängelhaftung gegeben sind und es sich um Gegenstände handelt, die überhaupt Objekt eines Kaufvertrages sein können.

Wie das erstere bei der soeben behandelten Reichsgerichtsentscheidung[37]) nicht der Fall war, so trifft das letztere etwa beim „Verkauf" von Fabrikationsgeheimnissen und dgl. nicht zu. „Derartige Verträge sind im Grunde keine Kaufverträge, sondern Verträge eigner Art"[38]).

Das bisher gewonnene Gesamtergebnis ist demnach zusammenfassend wie folgt zu ergänzen: Wir haben gesehen, daß es für die Anwendung der Rechtsmängelhaftung oder der Sachmängelhaftung nicht ausschlaggebend ist, ob ein Rechtskauf oder ein Sachkauf vorliegt. Auch für bestimmte Rechtskäufe gilt neben der Rechtsmängelhaftung die Sachmängelhaftung, ebenso wie für Sachkäufe die Rechtsmängelhaftung des § 434. Wir haben weiter gesehen, daß das unterscheidende Merkmal vielmehr darin zu sehen ist, ob ein Rechtsmangel oder ein Sachmangel vorliegt. Nunmehr ist der Begriff „Sachmangel" dahin zu ergänzen, daß er sich nicht auf Mängel eigentlicher „Sachen" beschränkt, sondern grundsätzlich auch solche Fehler von anderen Kaufgegenständen als Sachen und Rechten umfaßt, „die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern" oder die in dem Fehlen zugesicherter Eigenschaften bestehen. Auch Rechtsmängel können in diesem weiteren Sinne „Sachmängel" sein: Denn wenn als Bestandteile des Handelsgeschäfts auch Forderungen verkauft sind, von denen einzelne nicht oder nicht mehr bestehen, so liegt hierin, von dem einzelnen Teil aus gesehen zwar ein Rechtsmangel (§ 437), hinsichtlich des Ganzen aber ein Mangel, der den Wert des Handelsgeschäfts selbst aufhebt oder mindert, also ein Mangel im Sinne des § 459, Abs. 1, ein „Sachmangel".

2. Der Kauf von Mitgliedschaftsrechten an Handelsgeschäfte betreibenden Gesellschaften.

Nachdem die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auf den Kauf von Handelsgeschäften und dgl. festgestellt ist, müssen wir noch kurz auf den Kauf von Mitgliedschaftsrechten an solchen Gesellschaften eingehen, die ein Handelsgeschäft betreiben, bei de-

37) 69, 429 ff.

38) Staudinger § 459 I a, S. 127, RGR-Kom. § 459, 1, S. 61, ebenso RG in JW 14, 674 und RG 82, 159.

nen also Sachen nicht in dem Maße wie etwa bei Grundstücksgesellschaften im Vordergrund stehen[39]).

a) Der Kauf aller Anteile.

Werden alle Anteile von ihrem einzigen Inhaber zu gleicher Zeit an einen Erwerber verkauft oder zwar nicht gleichzeitig, aber in der ursprünglichen Absicht, alle Anteile nach und nach zu verkaufen, so erwirbt der Käufer entsprechend dem oben für den Kauf sämtlicher Anteilsrechte an einer Grundstücksgesellschaft vertretenen Standpunkt nicht nur die Anteile, sondern auch das von der Gesellschaft betriebene Handelsgeschäft selbst[40]). Demzufolge finden auch in diesem Fall die Gewährleistungsvorschriften auf Mängel des Handelsgeschäfts im Sinne des § 459 entsprechende Anwendung.

b) Der Kauf einzelner Anteile.

Wie ist nun zu entscheiden, wenn jemand zwar wieder sämtliche Anteile, aber nicht von ihrem einzigen Inhaber, sondern in mehreren Verträgen von den einzelnen Inhabern käuflich erwirbt? Einen solchen Fall behandelte das Reichsgericht in einem Urteil vom 2. 11. 1920[41]). Es argumentierte wie folgt: Der Umstand allein, daß durch mehrere einzelne Rechtsgeschäfte um dieselbe Zeit sämtliche Geschäftsanteile der GmbH von einer bestimmten Person gekauft wurden, berechtige nicht zu der Schlußfolgerung, daß auch das Handelsgeschäft selbst Gegenstand des Kaufs gewesen sein müßte. Aus dem Verkauf und der Uebertragung der sämtlichen Geschäftsanteile ließe sich vielmehr auf die Absicht der Veräußerer, daneben das Handelsgeschäft zu verkaufen, allenfalls dann schließen, wenn der einzelne Veräußerer als Verkäufer aller Geschäftsanteile anzusehen wäre (vgl. § 421), wofür indes der konkrete Tatbestand keinen Anhalt biete.

Ebenso ablehnend verhielt sich das Reichsgericht in einer Entscheidung vom 10. 10. 1928[42]). Hier hatte der Käufer nicht alle, sondern nur 59/60 aller Aktien einer Aktiengesellschaft erworben und zwar nicht gleichzeitig, sondern nach und nach. Er machte geltend, der Verkäufer habe ihm schuldhaft verschwiegen, daß eine oder mehrere Hypotheken der Aktiengesellschaft mit einer Valutaklausel versehen seien, und verlangte insbesondere Ersatz von 59/60

39) s. oben S. 29 ff.
40) Hier gelten sinngemäß die obigen Ausführungen auf S. 33 ff. und 47 ff. Hinsichtlich der Haftung für die Rentabilität des Handelsgeschäfts vgl. S. 50 und 57.
41) 100, 201 ff.
42) JW 29, 641.

des Schadens, den die Gesellschaft hierdurch erlitten hatte. Das Reichsgericht führte dazu aus: Es sei zwar anerkannt, daß bei der sogenannten Einmanngesellschaft der Erwerb sämtlicher Aktien oder Geschäftsanteile wegen der wirtschaftlichen Bedeutung eines solchen Vertrags im Innenverhältnis zugleich als unmittelbarer Erwerb des geschäftlichen Unternehmens wirke, woraus dann als wichtigste Rechtsfolge die Haftung des Veräußerers für Mängel des Unternehmens herzuleiten sei. Diese rechtliche Betrachtungsweise ließe sich aber nur dann rechtfertigen, wenn sämtliche Mitgliedschaftsrechte von einer Hand in die andere übergehen, und könne auf den Erwerb nur eines Teiles der Aktien nicht ausgedehnt werden. Letzterenfalls könne nicht davon die Rede sein, daß — wirtschaftlich gesehen — das Geschäftsunternehmen selbst verkauft worden ist.

Dieser Auffassung hat sich Pinner angeschlossen[43]): Abgesehen davon, daß es unmöglich sei, wenn man sich von dem Grundsatz des Reichsgerichts entfernt, die Grenze zu finden, bei der der wirtschaftliche Erwerb eines Unternehmens beginnt, könne auch begrifflich von einem rechtlichen oder wirtschaftlichen Erwerb eines Unternehmens nur dann gesprochen werden, „wenn man völlig freie Dispositionen erwirbt, und dies geschieht nur beim Kauf aller Anteile".

Man muß der Ansicht des Reichsgerichts insoweit beipflichten, als von einem Verkauf des Handelsgeschäfts bei dem zufälligen Verkauf aller Anteile nicht mehr gesprochen werden kann, so daß der Käufer z. B. nicht berechtigt ist, einen der Gesellschaft zustehenden Schaden geltend zu machen. Hieraus darf aber nicht gefolgert werden (und wird auch vom Reichsgericht nicht gefolgert), daß damit die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. ohne weiteres entfalle. Es steht vielmehr zunächst nur das eine fest, daß die Gewährleistungsvorschriften nicht schon deshalb entsprechende Anwendung finden, weil das Geschäftsunternehmen selbst als mitverkauft gilt. Dies ist indes nicht allein ausschlaggebend. Ebenso wie oben[44]) die Anwendbarkeit der §§ 459 ff. auch auf den Kauf einzelner Anteile an solchen Gesellschaften bejaht wurde, bei denen Sachen im eigentlichen Sinne des § 90 von wesentlicher Bedeutung und durch Sachmängel (§ 459) entwertet sind, wird man dies grundsätzlich auch beim Kauf einzelner Anteile von Gesellschaften anerkennen müssen, die ein Handelsgeschäft betreiben. Es gilt hier sinngemäß dasselbe, was oben über die ähnliche Interessenlage einerseits beim Kauf einer eigentlichen Sache und dem Kauf eines Handelsgeschäfts[45]), andererseits beim Eigentumskauf und dem Anteils-

43) JW 29, 642.
44) S. 39 ff.

kauf[46]) ausgeführt worden ist. Die dort gefundenen Ergebnisse gelten — in ihrer Kombination — auch hier. Wird ein Zimmervermietungsgeschäft — im Gegensatz zu der oben[47]) erwähnten Reichsgerichtsentscheidung[48]) — von einer Kapitalgesellschaft, beispielsweise einer GmbH, betrieben, so kann der Käufer eines Geschäftsanteils ebenso wie der Käufer des ganzen (von einer Einzelfirma betriebenen) Zimmervermietungsgeschäfts die Gewährleistungsansprüche der §§ 459 ff. geltend machen, wenn sich der Betrieb als Bordell entpuppt. Er ist also für den Fall, daß dieser „Fehler" vom Verkäufer arglistig verschwiegen wurde, berechtigt zu verlangen, so gestellt zu werden, wie er stehen würde, wenn der Verkäufer fehlerfrei erfüllt hätte (§ 463, Satz 2), d. h. er ist nicht auf die Geltendmachung eines etwaigen Vertrauensschadens angewiesen, sondern er kann in jedem Fall Befriedigung seines positiven Erfüllungsinteresses beanspruchen.

Es bedarf aber auch hier einer Einschränkung in Ansehung der Haftung des Verkäufers für die Ertragsfähigkeit des Geschäftsanteils oder der Aktie[49]). Mit Rücksicht darauf, daß der Käufer bei diesen Geschäften im allgemeinen bewußt ein Wagnis eingeht, wird man eine Haftpflicht des Verkäufers für die mangelnde Rentabilität nicht schlechthin, sondern wieder nur im Falle von Zusicherungen annehmen dürfen. Oertmann[50]) betont freilich, daß überhaupt von „Eigenschaften" des Kaufobjektes, ohne den sicheren Boden des Gesetzes aufzugeben, nicht mehr bei solchen tatsächlichen Verhältnissen gesprochen werden könne, von denen lediglich die wirtschaftliche Ergiebigkeit des durch das Wertpapier verbrieften Rechts abhängt; die gegenteilige Ansicht würde leicht ins Bodenlose führen und von unglücklichen Spekulanten als bedenkliches letztes Hilfsmittel verwendet werden können[51]). Der Grundgedanke dieser Erwägung trifft zweifellos das Richtige: Es würde jedem Gerechtigkeitsgefühl Hohn sprechen, sollte der enttäuschte Spekulant das Risiko, welches er bewußt auf sich genommen hatte, unter Berufung auf die §§ 459 ff. auf den Verkäufer abwälzen und damit sich selbst schadlos halten können. Andererseits geht es m. E. zu weit, wenn man der Rentabilität den Charakter einer „Eigenschaft" überhaupt abspricht. Wie die Ertragsfähigkeit eines Miethauses, so ist auch die Rentabilität einer Aktie eine „Eigenschaft" im Sinne des § 459. Eine Haftung für das Vor-

45) S. 49 ff.
46) S. 40 f.
47) S. 51.
48) 67, 87.
49) vgl. oben S. 40 und 50 f.
50) § 437 4, S. 544.
51) ähnlich Staudinger § 437 II 1 b, S. 61, Planck § 437 2 b, S. 662.

handensein dieser Eigenschaft wird man allerdings unter Würdigung des von Oertmann geltend gemachten Gesichtspunktes auch hier nur dann eintreten lassen, wenn diese Eigenschaft zugesichert worden, also § 459, Abs. 2 gegeben ist.

Dies hindert aber nicht, die §§ 459 ff. grundsätzlich auch auf den Kauf einzelner Anteile an solchen Kapitalgesellschaften für entsprechend anwendbar zu erklären, die Handelsgeschäfte oder dgl. betreiben.

Als Gesamtergebnis ist demnach festzuhalten: Die §§ 459 ff. finden grundsätzlich auf jeden Kauf von Rechten (einschließlich des Eigentumskaufs) und von sonstigen Gegenständen Anwendung, die durch Sachmängel (bei anderen Gegenständen als Sachen und Rechten: Sachmängel im weiteren Sinn) unmittelbar oder mittelbar entwertet werden können, sofern im übrigen die Voraussetzungen der §§ 459 ff. erfüllt sind und der fragliche Gegenstand überhaupt Objekt eines Kaufvertrages sein kann.

Literaturverzeichnis.

Brodmann: Aktienrecht, Kommentar, Berlin und Leipzig 1928.

Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 1. Abt. (Sachenrecht, Recht der Wertpapiere), 7. und 8. Auflage, Jena 1924.

Deutsche Juristenzeitung (DJZ).

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Band V, 1. Hälfte, Mannheim, Berlin, Leipzig. 3. Auflage 1932.

Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Viktor Ehrenberg, II. Band, 1918.

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruch.).

Hachenburg: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 5. Auflage, Berlin-Leipzig 1926.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

Heim: Die Rechtsstellung des Emissionshauses bei der Einführung von Aktien in den Verkehr, Marburg 1909.

Holdheims Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen.

Jsay (Rudolf): Das Recht am Unternehmen, Berlin 1910.

Jaeckel-Güthe: Kommentar zum ZVG, 6. Auflage, Berlin 1929.

Juristische Wochenschrift (JW).

Kohler: Lehrbuch des Patentrechts, Mannheim-Leipzig 1908.

Kreß: Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München-Berlin 1934.

Lehmann (Enneccerus-Lehmann): Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd.: Recht der Schuldverhältnisse, 12. Bearbeitung, Marburg 1932.

Leipziger Zeitschrift (LZ).

Motive zu dem Entwurf eines BGB für das Deutsche Reich, Amtl. Ausgabe, Berlin-Leipzig 1888.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 5. Auflage, Berlin 1929.

Oppikofer: Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung, Tübingen 1927.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts (OLG).

Pisko: Das kaufmännische Unternehmen, in Ehrenbergs Handbuch Bd. II.

Planck: Kommentar zum BGB, II. Band, 2. Hälfte (§§ 433—755), 4. Auflage, Berlin-Leipzig 1928.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, Berlin 1899.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG).

Reichsgerichtsräte-Kommentar, II. Band (§§ 433—853), 8. Auflage, Berlin-Leipzig 1934.

Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts (ROHG).

Reinhard-Müller: Das ZVG, 3. und 4. Auflage, Stuttgart 1931.

Riezler, Deutsches Urheber- und Erfinderrecht, 1. Abteilung, München-Berlin 1909.

Schmidt: Die Gesetzeskonkurrenz im Bürgerlichen Recht, München 1915.
Staub: Kommentar zum HGB, 3. Band (§§ 343—375), 14. Auflage, Berlin-Leipzig 1933.
Staudinger: Kommentar zum BGB, II. Band, 2. Teil (§§ 433—630), 9. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1928.
Warneyer: Kommentar zum BGB, 1. Band, 2. Auflage, Tübingen 1930.
— Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts (RG-Warn).
Wiesmann: Grenzfälle zwischen den §§ 434, 437 ff. und 459 ff. BGB, Marburger Diss. 1932.

Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind solche des BGB.

Lebenslauf.

Ich wurde am 11. Juni 1911 als Sohn des Kaufmanns Carl Herlitz und dessen Ehefrau Berta Herlitz, geb. Böker, in Berlin geboren. Ich besuchte das humanistische Prinz Heinrichs-Gymnasium zu Berlin-Schoeneberg, das ich Ostern 1929 mit dem Abitur verließ. Sodann studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin und Halle. Vorlesungen und Uebungen absolvierte ich insbesondere bei den Herren Professoren Goldschmidt, Heller, Heymann, Kipp, Klee, Kohlrausch, Peters, Smend, Titze, Wolff in Berlin, Schmidt und Ruth in Halle. Am 30. 9. 1933 bestand ich am Kammergericht Berlin die erste juristische Staatsprüfung und am 29. 6. 1935 das Doktorexamen.

Herrn Professor Dr. Schmidt schulde ich besonderen Dank für die Uebernahme des Referats und Förderung meiner Arbeit.